Der Arbeitsvertrag des Musikers

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde,
genehmigt von der Juristischen Fakultät der
Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

von

Hans Ulrich Hildebrandt

Gerichtsreferendar

Tag der Promotion: 24. November 1933

Berlin 1934
J. Schweitzer Sortiment (Arthur Sellier).

337

Referent: Herr Prof. Dr. Dersch
Korreferent: Herr Prof. Dr. Titze

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie., Freising-München

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. **Kapitel:** Grundlagen.

§ 1: Problemgestaltung 11

§ 2: Zum Begriff des Musikers und der Musikkapelle 11

I. Musiker 11

II. Musikkapelle 12

III. Die Gruppeneinteilung des Deutschen Musiker-Verbandes 13

§ 3: Der Begriff des Arbeitsvertrages 13

2. **Kapitel:** Der Einzelarbeitsvertrag des Musikers.

§ 4: Der Abschluß des Arbeitsvertrages 20

I. Vertragsfreiheit und ihre Durchbrechung 20

II. Die Parteien des Arbeitsvertrages 22

§ 5: Der Inhalt des Arbeitsvertrages 22

I. Die Pflichten des Musikers: 22

1. Dienstpflicht 23

2. Gehorsamspflicht 26

3. Treupflicht 26

II. Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers 28

1. Empfangsberechtigte 29

2. Ort der Lohnzahlung 29

3. Zeit der Lohnzahlung 30

4. Form des Lohnes 30

5. Höhe des Lohnes 32

6. Lohnzahlung trotz Nichtleistung der Arbeit 32

Gesichtspunkte:

a) Leistungsverzug des Musikers 33

b) Annahmeverzug des Arbeitgebers 34

c) Betriebsrisiko 35

III. Nebenpflichten des Arbeitgebers 37

1. Die Beschäftigungspflicht 37

2. Die Pflicht zur Urlaubsgewährung 38

3. Die Fürsorgepflicht 40

a) Öffentlich-rechtlich 40

b) Die Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht: Musiker als gewerbliche Arbeiter und Angestellte 41

c) Vertraglich 41

§ 6: Die Beendigung des Arbeitsvertrages 45

I. Allgemeines (Endigungsgründe) 45

II. Die Kündigung insbesondere 45

1. Die ordentliche Kündigung 46

2. Die außerordentliche Kündigung 47

3. Kündigungsbeschränkungen 48

III. Rechtsfolgen der Beendigung 48

1. Lohnansprüche 49

2. Schadensersatzansprüche 49

3. Zeugnis 49

4. Urlaub zum Aufsuchen einer neuen Stelle 49

Seite

3. **Kapitel:** Der Gruppenarbeitsvertrag des Musikers.
§ 7: Allgemeine Gesichtspunkte 49
I. Musiker und Musikgruppe 49
II. Der Gruppenarbeitsvertrag und seine Erscheinungen . . . 50
1. Die Notwendigkeit der Bildung eines Gruppenarbeitsvertragsrechtes 50
2. Begriff des Gruppenarbeitsvertrages 51
3. Arten der Gruppen 52
4. Die Abgrenzung bei Scheffler 53
III. Zur Einführung in die folgenden Abschnitte 54
§ 8: Musikkapellen als Betriebsgruppen 54
I. Die Fälle der Betriebsgruppe in der Praxis 54
II. Das Außenverhältnis 55
1. Begriff 55
2. Der „Mitarbeitsvertrag" Büsings und seine Anwendbarkeit 55
3. Rechtswirkungen des Außenverhältnisses im allgemeinen 56
4. Besondere Rechtswirkungen 56
bezüglich:
a) des Direktionsrechts des Arbeitgebers 56
b) des Entgeltes 57
III. Das Innenverhältnis 57
1. Möglichkeiten seiner rechtlichen Ausgestaltung 57
2. Vereinbarung und Wirkung eines Gruppenakkordes . . 58
3. Einwirkungen des Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis 58
IV. Vertretung und Geschäftsführung. Technische Leitung . . 58
1. Bevollmächtigung durch den Arbeitgeber 58
2. Bevollmächtigung durch die Gruppe 59
3. Die Anwendbarkeit des § 181 BGB. 60
§ 9: Musikkapellen als Eigengruppen 60
I. Grundsätzliches über die Bildung und die Fälle der Eigengruppe 60
II. Das Innenverhältnis 61
1. Möglichkeiten der Organisation 61
2. Musikkapellen mit Rechtspersönlichkeit 61
Als:
a) Eingetragener Verein 61
b) Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft 61
c) Gesellschaft mit beschränkter Haftung 63
3. Musikkapellen ohne Rechtspersönlichkeit 64
Als:
a) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 64
b) Nichtrechtsfähiger Verein 66
4. Rechtsnatur der Arbeitspflicht der Kapellenmitglieder 67
5. Berechnung des Entgelts 69
III. Das Außenverhältnis 69
1. Besonderheit 69
2. Die Kapelle als Vertreter 70
3. Vertragsschluß durch die Kapelle als solche 71
a) Verhältnis der Musiker zum Arbeitsempfänger. Mittelbares Arbeitsverhältnis 71
b) Rechtsverhältnis zwischen der Kapelle und dem Arbeitsempfänger 72

Seite
aa) Werkvertrag 72
bb) Dienstverschaffungsvertrag 73
cc) Die Kapelle als Gläubigerin und Schuldnerin . . 77
IV. Vertretung, Geschäftsführung und technische Leitung bei der Musikkapelle als Eigengruppe 81
1. Allgemeines 81
2. Musikkapellen mit Rechtspersönlichkeit 81
Als:
a) Eingetragener Verein 81
b) Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft 81
c) Gesellschaft mit beschränkter Haftung 81
3. Musikkapellen ohne Rechtspersönlichkeit 82
als Gesellschaft bürgerlichen Rechts 82
als nichtrechtsfähiger Verein 82
4. Übertragung der technischen und musikalischen Leitung 82
§ 10: Der Vertragsschluß mit dem Kapellenleiter persönlich . . . 84
I. Übersicht. (Der Kapellmeister als Zwischenperson) . . . 84
II. Abschluß eines Werkvertrages und seine Wirkungen . . . 85
1. Voraussetzungen 85
2. Rechtswirkungen 85
III. Abschluß eines Dienstverschaffungsvertrages und seine Wirkungen 86
1. Vertragsbezeichnung und Rechtsnatur 86
2. Begriff des Dienstverschaffungsvertrages 86
3. Verhältnis der Musiker zum Arbeitsempfänger. Mittelbares Beschäftigungsverhältnis (Arbeitsverhältnis) . . 89
IV. Die Anwendbarkeit des § 164 BGB.
1. Bestrebungen der beteiligten Kreise 89
2. Der Kapellmeister als Vertreter der Musiker 89
3. Der Kapellmeister als Vertreter des Betriebsinhabers . 92
4. Einfluß der Tarifverträge 92
Register 97

Schrifttum.

(Die Abkürzungen sind in Klammern angegeben.)

A.

Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts (AN).

Amtliche Nachrichten für Reichsversicherung, erscheinen in Sonderausgabe oder als Teil IV des Reichsarbeitsblatts (AN IV).

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches. 3. Bearbeitung Berlin seit 1929 (Anschütz).

Appel, Die rechtliche Stellung der Zwischenpersonen beim gewerblichen Arbeitsvertrage. Berlin 1916 (Appel).

Arbeitsgericht, Das (früher „Gewerbe- und Kaufmannsgericht"). Monatsschrift des Arbeitsgerichtsverbandes e. V., Berlin (ArbGer.).

Arbeitsgerichtliche Entscheidungen, herausgegeben von Teichmann. Berlin 1928 (Sammlung Teichmann).

Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Herausgegeben von Potthoff. Stuttgart (ArbR.).

Arbeitsrechtspraxis, herausgegeben vom Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbund. Schriftleitung: Nörpel (ArbRPrax.).

Arbeitsrechtssammlung (ArbRSamml.) bisher sog. Bensheimer Sammlung: siehe unter Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte.

Arbeitsrecht und Schlichtung. (Das Schlichtungswesen.) Schriftleitung: Joerges. Stuttgart (ArbR. u. Schlichtung bzw. SchlWes.).

B.

Baum, Das Recht des Arbeitsvertrages. Leipzig 1911 (Baum, ArbV.).

Bremer, Handlexikon der Musik. Leipzig. (Reclams Universalbibliothek.) (Bremer).

Bürgerliches Gesetzbuch, auf Grund von J. v. Staudingers Kommentar bearbeitet von F. Keidel. 3. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1931. (Staudinger-Keidel.)

Bürgerliches Gesetzbuch, Das, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. (Reichsgerichtsrätekommentar.) 7. Auflage. Berlin und Leipzig 1929 (RGRKomm.).

Büsing, Der Gruppenarbeitsvertrag. Altona 1926 (Büsing).

D.

Depène, Arbeitsgerichtsgesetz. 2. Auflage. Berlin und Leipzig 1932 (Depène).

Dersch, Kommentar zum Angestelltenversicherungsgesetz. 3. Auflage. Mannheim 1926 (Dersch, AVG.).

— Rechtsgutachten: „Angestellten- oder Arbeiterkammer". Werbe- und Aufklärungsschriften des Deutschen Musiker-Verbandes. Berlin 1929 (Dersch, Rechtsgutachten).

—-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz. 4. Auflage. Mannheim, Berlin und Leipzig 1931 (Dersch-Volkmar).

Deutsche Musiker-Zeitung. Amtsblatt des Deutschen Musiker-Verbandes. Berlin (DMZ.).

Deutsches Arbeitsrecht. Herausgegeben von Mansfeld. Mannheim, Berlin und Leipzig seit 1933 (DAR.).
Dienstag, Der Arbeitsvertrag des Filmschauspielers und Filmregisseurs. Berlin 1929 (Dienstag).
—-Elster, Handbuch des Deutschen Theater-, Film-, Musik- und Artistenrechts. Berlin 1932 (Dienstag-Elster, Handbuch).

E.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts:
a) Ältere, noch von Enneccerus besorgte Ausgabe:
Erster Band, 1. Abteilung: Allgemeiner Teil. 11. Bearbeitung. Marburg 1926 (Enneccerus u. §).
Erster Band, 2. Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse. 10. Bearbeitung. Marburg 1928 (Enneccerus u. §).
b) Neubearbeitungen anderer Verfasser:
Erster Band: Allgemeiner Teil. 13. Bearbeitung von Nipperdey. Marburg 1931 (Enneccerus-Nipperdey u. Seite).
Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitung von Lehmann. Marburg 1932 (Enneccerus-Lehmann u. Seite).
Entscheidungen des Gewerbegerichts zu Berlin. Herausgegeben von Unger. Berlin 1898 (Unger).
Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts. Begründet von Reger, fortgesetzt von Oeschey. München (Reger, Bd. Seite).
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen. Berlin seit 1893 (OVGE. in Staatssteuers. Bd. u. S.).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs. Berlin und Leipzig (RAGE. Bd. u. S.).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. (Sog. Bensheimersche Sammlung.) Mannheim, Berlin und Leipzig. (Bensh.-Samml.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft. Berlin und Leipzig (RGZ.).
Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift. Herausgegeben von der Reichsarbeitsverwaltung. 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt. Berlin 1923 (Entwurf, Denkschrift).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe 1888.

F.

Finkelstein, Das Recht des Bühnen- und Filmschauspielers auf Beschäftigung. Berlin 1930 (Finkelstein).
Flatow-Kahn-Freund, Betriebsrätegesetz. 13. Auflage. 1931. Berlin (Flatow-Kahn-Freund, BRG.).

G.

Gierke, v., Deutsches Privatrecht. München, Leipzig 1917 (Gierke, DPrivR.).
— Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht. Berlin 1902 (Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit).
— Wurzeln des Dienstvertrages, in der Festschrift für Brunner 1914 (Gierke, Festschr.).
— Julius von, Handels- und Schiffahrtsrecht. 3. Auflage. Berlin und Leipzig 1929 (Gierke, HR.).
Goldbaum, Theaterrecht. 1914 (Goldbaum).
Goldschmit, Das Kündigungsschutzgesetz. 2. Auflage. Berlin und Wien 1929 (Goldschmit, KSchG.).

H.

Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im BGB. 1898.
— Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Auflage. Berlin und Leipzig 1926/27 (Hachenburg, GmbHGes.).
Handbuch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Herausgegeben von Baum. Berlin 1912 (Handbuch f. Gew.- u. Kaufmannsger.).
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster. Berlin und Leipzig 1926 ff. (HWBdR.).
Hiller u. Luppe, Gewerbeordnung. 21. Auflage. Berlin und Leipzig 1928 (Hiller-Luppe, GewO.).
Hoeniger, Die beiden Grundformen des Arbeitsvertrages. Einleitung zu Hoeniger. Wehrle, Arbeitsrecht, 1.—7. Auflage. Mannheim, Berlin und Leipzig (Hoeniger, Grundformen).
—-Schultz u. a., Jahrbuch des Arbeitsrechts. Mannheim, Berlin und Leipzig (Hoeniger, Jahrb. Bd., Seite).
Hoffmann, Die Reichsgewerbeordnung. 33. Auflage. Berlin 1930 (Hoffmann, GewO.).
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. Band. 3.—5. Auflage. Mannheim, Berlin, Leipzig 1931. II. Band. 3.—5. Auflage. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (Hueck-Nipperdey, Bd. Seite bzw. §).

J.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927 (Jacobi).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Siber. Jena (JheringsJ. Bd. S.).
Jhrig, Rechtsfragen beim Gruppenakkord. München und Leipzig 1916 (Jhrig).
Juristische Wochenschrift. Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein. Leipzig (JW.).
Jürges, Das Beschäftigungsverhältnis im sozialen Recht. (Berliner Dissertation). Berlin 1933 (Jürges).

K.

Kaskel, Der Akkordlohn. Arbeitsrechtliche Seminarvorträge III. Berlin 1927 (Kaskel, Akkordlohn).
— Arbeitsrecht. 3. Auflage. Berlin 1928 (Kaskel).
— Arbeitsrecht, neubearbeitet von Dersch. 4. Auflage. Berlin 1932 (Kaskel-Dersch).
Kinematograph, „Das älteste Filmfachblatt“. Berlin („Kinematograph“).
Knaurs Konversationslexikon. Berlin 1932 (Knaur).

L.

Landmann u. Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Band II 2. 8. Auflage. München 1932 (Landmann-Rohmer, Bd., Seite).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. München (LZ.).
Lexikon des Arbeitsrechts. Herausgegeben von Alexander Elster. Jena 1910 (Elster, Lexikon).
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1902/1908 (Lotmar, Bd. S.).

M.

Mansfeld, Fundstellen arbeitsgerichtlicher Entscheidungen. 2. Auflage (nach dem Stande vom 1. Januar 1932). Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (Mansfeld, Fundst.).
Meinel, Versicherungsgesetz für Angestellte. 3. Auflage 1926. München, Berlin, Leipzig (Meinel AVG.).

Molitor, Kommentar zur Tarifvertragsverordnung. Berlin 1930 (Molitor, Komm.).
— Das Wesen des Arbeitsvertrages. Leipzig und Erlangen 1925 (Molitor, Wesen).
— -Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925 (Molitor, Hueck, Riezler).
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888 (Motive).

N.

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. Mannheim, Berlin, Leipzig (NZfA.).
Nikisch, Arbeitsrecht. Berlin 1930 (Nikisch).
— Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag (Nikisch, Grundformen).

O.

Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923 (Oertmann).
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. Berlin 1927. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage. Allgem. Teil. Berlin 1928. Bes. Teil. Berlin 1929 (Oertmann, Bem. zu § des BGB.).
Organ der Varieté-Welt, Das. Offizielles illustriertes Fachblatt des Internationalen Varieté-Theater- und Circus-Direktoren-Verbandes E. V. Berlin („Organ").

P.

Parisius-Crüger-Crecelius-Citron, Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 12. Auflage. Berlin und Leipzig 1932 (Parisius-Crüger).
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1913 ff. (Planck).
Potthoff, Rechtsgutachten über die Pflicht zum Lohnsteuerabzug bei Teilungskapellen. Gedruckt vom Deutschen Musiker-Verband, Berlin 1925 (Potthoff, Gutachten).
— Wesen und Ziele des Arbeitsrechts. Berlin 1922 (Potthoff, Wesen).
Praxis des Gewerbegerichts Berlin, Aus der. (Aufsätze, Entscheidungen, Gutachten und Anträge, Einigungsverfahren). Berlin 1913 (GewGerPrax.).

R.

Rechtsprechung in Arbeitssachen, Die. Grundsätzliche Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte. Berlin 1927—1932 (ArbRspr.).
Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Berlin 1927—1932, Die. Herausgegeben von Ruben. Berlin (Ruben u. Nr.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Die. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig (OLG. Bd. u. S.).
Rechtsprechung zum AVAVG., Die. Herausgegeben von Herrnstadt (Rechtspr.).
Reichsarbeitsblatt, Amtsblatt des Reichsarbeitsministeriums, des Reichsversicherungsamts u. a. Herausgegeben vom Reichsarbeitsministerium. Berlin (RABl. NAT. = Nichtamtlicher Teil).
Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Die. Festgabe in 6 Bänden, herausgegeben von O. Schreiber. Berlin und Leipzig 1929 (RG.-Festschr.).
Richter, Lutz, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Leipzig und Erlangen 1923 (Lutz Richter).
— Lutz, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Berlin 1928 (Lutz Richter, Grundverh.).
Richterzeitung, Deutsche. Organ des Deutschen Richterbundes. Berlin (DRZ.).

Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.
Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrages nach deutschem Recht. 1909 (Rothenbücher).
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905 (Rümelin).
Rustmeier, über die Rechtsverhältnisse der Musikkapelle. (Kölner Dissertation). Düren 1932 (Rustmeier).

S.

Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen. Herausgegeben vom Reichsstand der deutschen Industrie. Sozialpolitische Abteilung (früher Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände) (Samml. Verein).
Scheffler, Gruppenarbeit. Berlin 1927 (Scheffler).
Schlüter-Wallichs, Deutsches und ausländisches Urlaubsrecht. Mannheim 1930 (Schlüter-Wallichs).
Schmeisser, Arbeitslosenversicherungsgesetz. Band I. Berlin und Leipzig 1931 (Schmeisser).
Schminke-Sell, Arbeitsgerichtsgesetz. 2. Auflage. Stuttgart 1928 (Schminke-Sell).
Schroeder, Der Dienstverschaffungsvertrag. (Rostocker Dissertation.) Borna bei Leipzig 1914 (Schroeder).
Schulz-Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin. Berlin 1903 (Schulz-Schalhorn).
Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht. Teil I. München, Berlin, Leipzig 1926 (Silberschmidt).
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts. 2. Auflage. Jena 1927 (Sinzheimer).
Stadthagen, Das Arbeitsrecht. Stuttgart 1904 (Stadthagen).
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Auflage. Berlin und Leipzig 1927 (Staub).
J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1925 ff. (Staudinger).
Staatz, Die mehrfache Beteiligung bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht. (Erlanger Dissertation.) Erlangen 1933.

T.

Tarifheft für Gruppe II (Ensemble). Deutscher Musiker-Verband. Berlin 1929 (Tarifheft für Gruppe II).
Tarifverträge. (Jeweils in der Arbeit aufgeführt.)

U.

Urteilskartei des Reichsarbeitsgerichts. Stuttgart (RAG.-Kartei).

W.

Wer ist Arbeitgeber der Musiker? Eine Auswahl arbeitsrechtlicher Aufsätze und Urteile. 2. Auflage. Berlin 1931. (Deutscher Musiker-Verband.) („Wer ist Arbeitg.?").
Wölbling, Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag. Berlin 1908 (Wölbling, Akkordvertrag).
— Grundsätze des Akkordvertrages aus Gerichtsentscheidungen. 2. Auflage. Berlin 1922 (Wölbling, Grundsätze).

Z.

Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft. Herausgegeben vom Deutschen Verein für Versicherungswissenschaft (ZVersWiss., Jahr, Seite).

1. Kapitel:

Grundlagen.

§ 1. Problemgestaltung.

Der Arbeitsvertrag des Musikers steht auf dem Gebiete des Arbeitsrechts schon seit langem mit im Brennpunkte des Interesses. Eine Fülle von Rechtsproblemen harrt ihrer Lösung, und gerade hier zeigt sich besonders deutlich, wie wirtschaftliche Interessen einen Ausweg aus der Starrheit unseres Rechtssystems in der Bildung neuer Rechtsformen suchen.

Hierüber einen Überblick zu geben und die mannigfachen Lösungsversuche aufzuzeigen, soll Aufgabe der vorliegenden Darstellung sein.

Sie wird von den Grundlagen, dem Begriff des Musikers, seiner Eigenart und von dem allgemeinen Arbeitsvertrag ausgehen, um sich sodann den Besonderheiten zuzuwenden, die der Einzel- und der Gruppenarbeitsvertrag des Musikers mit sich bringen. Hierbei wird auch auf die Frage einzugehen sein, ob der Musiker als Arbeiter oder als Angestellter zu gelten hat, die insbesondere bei der Kündigung des Arbeitsvertrages des Musikers eine Rolle spielt.

Der Einzelarbeitsvertrag nimmt einen breiten Raum in der Darstellung des Arbeitsvertragsrechts des Musikers ein. In ihm wird nicht nur das Recht des „Einzelmusikers" zu finden sein, sondern auch all das, was Einzelmusikern und Musikgruppen im Arbeitsverhältnis gemeinsam ist.

In der Darstellung des Gruppenarbeitsvertragsrechts sind zwei Gedanken richtunggebend: Die eigenartige Verbundenheit der einzelnen Mitglieder untereinander, die besonders stark bei der Eigengruppe hervortritt, und die Frage, wer als Arbeitgeber der Musiker zu gelten hat, die im Rechte der Eigengruppen und bei Erörterung der Rechtsstellung des Kapellmeisters im Vordergrunde steht.

Von maßgebendem Einfluß auf die Entwickelung des Gruppenarbeitsvertragsrechtes des Musikers sind die Tarifverträge gewesen, die der Deutsche Musiker-Verband mit den Organisationen der Gastwirte, Saalinhaber, Theater- und Lichtspielhausbesitzer abgeschlossen hat. Sie sollen deshalb im Rahmen der Darstellung ihre besondere Würdigung finden.

§ 2. Zum Begriff des Musikers und der Musikkapelle.

I. Musiker im weitesten Sinne ist jeder, der sich, sei es schöpferisch oder nur nachschaffend, mit der Musik beschäftigt.

Unter dem Musiker im engeren und technischen Sinne soll hier da-

gegen nur verstanden werden, wer Tonwerke aller Art gewerbsmäßig reproduziert, wobei natürlich gelegentliches freies Phantasieren nicht ausgeschlossen sein soll.

Im Gegensatz dazu steht der in der Hauptsache nur neuschöpferisch tätige Komponist und andererseits der Dilettant, der nicht gewerbsmäßig nachschafft.

Auch vom Artisten ist der Musiker zu unterscheiden: Kapellen und Kapellenmitglieder sind nach der Begriffsbestimmung in § 3 des Tarifvertrages für das Varieté-, Kabarett- und Zirkusgewerbe nur dann als Artisten anzusehen, wenn sie in konzessionierten Betrieben engagiert und ausschließlich als artistische Nummer im Rahmen des Programms auf der Bühne tätig sind[1]). Ein Artistenvertrag liegt also nicht schon dann vor, wenn eine Musikkapelle von dem Inhaber einer Weinstube oder Bar für Solodarbietungen neben Stimmungsmusik engagiert wird[2]). Entsprechendes gilt auch für den Einzelmusiker: Der Klavier- oder Akkordeonspieler in einer Bar, der in der Hauptsache nur Stimmungsmusik spielt und sich nur gelegentlich virtuos betätigt, ist nicht Artist.

Seine besondere Eigenart gewinnt der Begriff des Musikers aber erst im Gebiete des Gruppenarbeitsvertrages.

Potthoff[3]) hat einmal den Ausdruck geprägt, der Musiker sei „von Berufs wegen ein Gruppenmensch". Mag dies vielleicht auch ein wenig überspitzt sein, da eine beträchtliche Anzahl der Musiker als Einzelmusiker tätig ist, so wird doch die Darstellung des Gruppenarbeitsvertragsrechts die innige Verbundenheit des einzelnen mit der Kapelle zeigen, die die Gemeinschaft und das Gemeinsamkeitsgefühl des Menschen in so sinnvoller Weise verkörpert[4]).

II. Wie der Begriff des Musikers, so ist auch der der Musikkapelle zunächst kein juristischer, sondern ein technisch-sozialer Begriff.

Nach der Definition Bremers[5]) ist sie der „Gesamtname der bei der Ausführung eines Tonwerks wirkenden Musiker".

Nur äußerlich, nicht dagegen im Wesen verschieden ist davon das „Orchester" als „Name des aus verschiedenen Instrumentengattungen einheitlich zusammengesetzten Tonkörpers, durch welchen vielstimmige Instrumentalstücke ausgeführt werden".

In Fachkreisen[6]) versteht man allerdings unter „Orchester" etwas anderes, nämlich Tonkörper mit sogenannten Konzertinstrumenten, wie Streich-, Blas- und Schlaginstrumenten.

Werden einige dieser Instrumente durch Klavier oder Harmonium

---

[1]) Vgl. hierzu DMZ. 1932 S. 406.

[2]) LAG. Berlin, Urt. vom 15. Mai 1931 (105 S 868, 31) bei Ruben Nr. 301.

[3]) Potthoff, Gruppenarbeit als Rechtsproblem in „Wer ist Arbeitg.?" S. 18; Rustmeier S. 2.

[4]) Rustmeier S. 3 f.; vgl. auch unten § 7.

[5]) S. 340, 524.

[6]) Rustmeier S. 2.

ersetzt, so spricht man von „Ensemble" oder „Salonorchester". Man findet es meist in Cafés, Gasthäusern, Tanzdielen, kleinen und mittleren Lichtspielen, Orchester dagegen in Theatern, Konzertsälen, großen Lichtspielhäusern und Bädern[7]).

III. Der Deutsche Musiker-Verband als der Berufsverband der Musiker, der bei der ständischen Neugliederung des Deutschen Reiches durch eine Reichsmusikkammer[8]) ersetzt worden ist, hat unter den Musikkapellen[9]) nach Art ihrer Tätigkeit folgende Gruppeneinteilung vorgenommen[10]):

Die erste Gruppe umfaßt die Orchestermusiker mit den Untergruppen:

a) Staats-, Landes- und städtische Orchester,

b) Konzert- und Rundfunkorchester.

Die zweite Gruppe bilden die Ensemblemusiker, die in Cafés, Gastwirtschaften und den schon oben[11]) erwähnten Betrieben tätig sind.

Die dritte Gruppe wird schließlich von den freistehenden Musikern, die auf Gelegenheitsarbeit angewiesen sind, ausgefüllt. Dazu gehören die Teilungskapellen, die Genossenschaftsorchester und die Spielgemeinschaften.

Auf diese Einteilung wird im Gruppenarbeitsvertragsrecht noch näher einzugehen sein[12]).

§ 3. Der Begriff des Arbeitsvertrages des Musikers.

I. Der Blick richtet sich nunmehr auf die besondere Ausgestaltung, die der Einzelarbeitsvertrag für die Musiker erhalten hat.

Unter dem „Einzelarbeitsvertrage" des Musikers soll hierbei zweierlei verstanden werden:

1. Zunächst der Arbeitsvertrag des Einzelmusikers: Er stellt zwar nicht die wichtigste Erscheinung im Arbeitsrecht des Musikers dar; denn der Musiker ist „von Berufs wegen ein Gruppenmensch"[13]). Immerhin darf die Anzahl der alljährlich abgeschlossenen Einzelarbeitsverträge den Gruppenarbeitsverträgen gegenüber nicht unterschätzt werden: Bilden doch auch heute noch die Einzelmusiker in kleinen Gasthäusern, Restaurants, Cafés und Bars die Regel. Haupt-

---

[7]) Zum Begriff des Ensembles: RABl. RAT. 1923 S. 351 ff.; Rustmeier S. 2.

[8]) die ihrerseits wieder Bestandteil einer Reichskulturkammer ist. Vgl. Reichskulturkammergesetz vom 22. Sept. 1933 (RGBl. I S. 661) und die Durchführungsverordnungen vom 1. Nov. 1933 (RGBl. I S. 797) und 9. Nov. 1933 (RGBl. I S. 969).

[9]) Der Begriff der Musikkapelle stellt gegenüber den eben genannten einen allgemeinen Oberbegriff dar. Richtig Rustmeier S. 2.

[10]) „Wer ist Arbeitg.?" S. 3; Gehaltsstatistik und Tarifheft des Deutschen Musiker-Verbandes (DeMuV.), DMZ. 1929 S. 491 ff.; Rustmeier S. 2.

[11]) Unter II.

[12]) Vgl. unten §§ 8, 9.

[13]) Potthoff in „Wer ist Arbeitg.?" S. 18.

sächlich sind es Klavierspieler, die zur Darbietung von Unterhaltungs- und Tanzmusik verpflichtet werden; als Soloinstrumente finden sich aber auch das Saxophon und Akkordeon.

2. Der „Einzelarbeitsvertrag" soll aber gleichzeitig auch als Sammelbegriff all die Vorschriften umfassen, die dem Einzel- und dem Gruppenarbeitsvertrage der Musiker gemeinsam sind. Diese werden sehr zahlreich sein. Besteht doch die Besonderheit des Gruppenarbeitsvertrages im wesentlichen nur in der starken tatsächlichen und rechtlichen Verbundenheit der einzelnen Gruppenmitglieder untereinander — vor allem bei der Eigengruppe — und in dem Versuch der Lösung des Problems, wer als Arbeitgeber der Musiker zu gelten hat.

II. Die Bedeutung, die also der Einzelarbeitsvertrag des Musikers besitzt, rechtfertigt es, mit einigen Worten auf seine Grundlage, den allgemeinen Arbeitsvertrag, insoweit, als dies als Fundament für die Einzeluntersuchung nötig ist, einzugehen, um so mehr, als eine gesetzliche Abgrenzung bisher fehlt und auch die Wissenschaft sich über seine Ausgestaltung noch nicht völlig einig ist [14] [15].

Im Gegensatz zu der Abgrenzung Lotmars, die eine Scheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit noch nicht kennt [16], ist der Arbeitsvertrag als ein Vertrag über die Leistung abhängiger Arbeit aufzufassen, und zwar als privatrechtlicher, schuldrechtlicher, mit personenrechtlichen Elementen durchsetzter Vertrag.

Da im Mittelpunkt des neuen deutschen Staatswesens die Arbeit, also der arbeitstätige Mensch steht, gewinnt er dort ganz besondere Bedeutung. Zwei Gesichtspunkte werden es in Zukunft sein, die die Behandlung und Auslegung des Arbeitsvertrages aus den Gedankengängen des neuen Staates heraus gestalten und auf die Dersch [17] zutreffend hinweist: „Der eine Pol ist die Einfügung des Arbeitsverhältnisses in den großen Raum des Volksganzen, gipfelnd im Staat.

---

[14] Unser deutsches Recht kennt vielmehr nur eine Anzahl von Vertragstypen, die alle menschliche Arbeit verschiedener Art zum Gegenstand haben, aber auch verschieden rechtlich geregelt sind. Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (§§ 1 ff.) will diesem Mangel abhelfen und die notwendige Vereinheitlichung des Begriffs des Arbeitsvertrages für das ganze deutsche Arbeitsrecht schaffen. Vgl. Denkschr. S. 13 ff.; Molitor-Hueck-Riezler S. 53 ff.

[15] Vgl. noch Hueck-Nipperdey I S. 99 ff.; Kaskel-Dersch S. 136 ff.; Molitor, Wesen S. 5 ff., 29 ff., 73 ff.; ders. RABl. 1924/143; Büsing S. 16 ff.; Nikisch S. 43 ff. und JheringsJ. 80/1 ff.; Oertmann S. 1 ff.; Enneccerus-Lehmann S. 510; Lutz Richter, Grundverh. S. 72; Silberschmidt S. 8 ff.; Jacobi, Grundlehren S. 45 ff.; Lotmar I S. 23 ff.; Depène Bem. I, Dersch-Volkmar Bem. 2 ff. zu § 5 AGG.; Rustmeier S. 12 f.; Kommentare zu § 611 BGB.: RGR. Vorb. I, Planck Vorb. 1; Staudinger-Nipperdey Vorb. I; vgl. auch Gierke DPrR. III S. 590 ff.

[16] Lotmar I S. 23 ff.

[17] Dersch in DAR. 1933 S. 9 ff. (Der Arbeitsvertrag im neuen Staat).

Der andere Pol ist die Wertung des Arbeitsvertrages als eines die Persönlichkeit erfüllenden, personenrechtlich gearteten Vertragsverhältnisses."

Den ersten Schritt auf diesem Wege bedeutet das am 1. Mai 1934, dem zweiten Tage der nationalen Arbeit, in Kraft tretende Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Es beseitigt fast die gesamte arbeitsrechtliche Gesetzgebung der Nachkriegszeit[18]). An die Stelle überholter marxistischer Gedankengänge einer Gegnerschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer treten neue Formen einer Gemeinschaftsarbeit zwischen dem Unternehmer und seinen Mitarbeitern, die die nationalsozialistischen Grundsätze von Führertum und Verantwortung im Betriebsleben verwirklichen[19])[20]).

1. Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag[21]). Die öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse der Beamten haben also von vorneherein auszuscheiden. Die Beamtenkapellen, deren Mitglieder in einem öffentlich-rechtlichem Abhängigkeitsverhältnis zum Staat oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehen, sind daher in der vorliegenden Darstellung des Arbeitsvertrages des Musikers nicht mit zu berücksichtigen[22]).

Wie jeder andere privatrechtliche Vertrag unterliegt auch der Arbeitsvertrag den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften[23]).

2. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag.

Zwar hat gerade hier die deutschrechtliche Entwickelung[24]) ihren starken Einfluß gezeigt, der seine Wirkungen auch auf das Arbeits-

---

[18]) RGBl. 1934 I S. 45 ff.; vgl. unten § 6 II 3.

[19]) Der Betrieb bildet nunmehr eine Einheit, in der den Mitarbeitern die ihnen nach der nationalsozialistischen Anschauung zukommende Stellung zugewiesen ist. Der Unternehmer ist Führer des Betriebes; diese Bestimmung gibt ihm aber kein Recht zu erhöhter Willkür und schrankenloser Freiheit, sondern legt ihm nur die erhöhte Pflicht auf, in allem richtunggebend, vorbildlich und führend der Belegschaft voranzugehen. Der Arbeiter wird andererseits aus der früheren Sphäre der reinen Unterwerfung herausgehoben und in eine Schicksalsgemeinschaft mit dem Unternehmer zum Dienst am Volksganzen gestellt. Der Grundsatz der sozialen Ehre soll das Arbeitsverhältnis beherrschen, und hierüber haben die neu eingeführten Ehrengerichte (Abschn. IV des Ges.) zu wachen.

[20]) Vgl. zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit noch Kommentare von Mansfeld und Hueck-Nipperdey Berlin 1934. Die Ausführungen des Führers der Deutschen Arbeitsfront, Dr. Ley, in Nr. 11 der Zeitung „Der Deutsche" (14. Januar 1934); Mansfeld in DAR. 1934 S. 33 ff. über weitere Einzelheiten des Gesetzes siehe unten § 4 I 1; 6 II 3; 10 IV 4.

[21]) Hueck-Nipperdey I S. 101; Kaskel-Dersch S. 138 ff.; Staudinger-Nipperdey Bem. I 2 zu § 611 BGB.; Depène Bem. I 2 zu § 5 AGG.

[22]) Rustmeier S. 2.

[23]) Vgl. z. B. RAG. in BenshSammI. Bd. 6 S. 305.

[24]) die auch in dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit ihren Ausdruck findet (RGBl. 1934 I S. 45 ff.).

vertragsrecht des Musikers ausübt[25]); trotzdem ist der Arbeitsvertrag nicht als ein personenrechtliches Verhältnis, wie die Ehe, anzusehen[26]); denn die Verpflichtung zur Arbeitsleistung bildet das Hauptelement[27]).

3. Der Arbeitsvertrag begründet als „Dauerschuldverhältnis"[28]) unter den Vertragsparteien Rechte und Pflichten verschiedener Art.

Seinen wesentlichen Inhalt bilden einerseits die Verpflichtung zur Leistung abhängiger Arbeit, andererseits die Pflicht zur Leistung eines Entgelts[29]).

Die Verpflichtung zur Arbeitsleistung umfaßt nicht die Arbeit im allgemeinsten Sinne — also jede zweckmäßige Tätigkeit eines Menschen[30]) —, sondern nur die unselbständige Tätigkeit eines Menschen, die auf Grund einer Rechtsverpflichtung geleistet wird[31]), und zwar auf Grund eines entgeltlichen Vertrages[32]). Nur die sozial gesehen unselbständige Tätigkeit wird also von dem Rechtsbegriff der Arbeit umfaßt, bei der der Arbeitnehmer in einen fremden Betrieb kraft Vertrages eingegliedert und in ein Verhältnis persönlicher[33]) Abhängigkeit von dem Arbeitgeber geraten ist[34])[35]).

---

[25]) Vor allem bezüglich der Gehorsams- und Treupflicht; vgl. unten § 5 I.

[26]) So Potthoff (Wesen und Ziele S. 6 ff.; ArbR. 1922/267 ff., 1924/419, 1925/244) und Sinzheimer (Grundzüge S. 119 Anm. 2), die in dem Arbeitsvertrag ein „sozialrechtliches Personenverhältnis" sehen und es zusammen mit der Ehe und dem Beamtenverhältnis dem Personenrecht eingliedern wollen.

[27]) Der Schuldner hat sie zwar mit seiner Person zu erfüllen und hierbei den Weisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten. Der Arbeitgeber erhält aber darum noch kein „Recht an der Person des Arbeitnehmers". Der Arbeitsvertrag gibt nur einen Anspruch auf Leistung des Arbeitnehmers und ist deshalb schuldrechtlicher Natur. So Hueck-Nipperdey I S. 101 ff.; Kaskel-Dersch S. 138; Staudinger-Nipperdey Vorb. II 6 vor §§ 611 ff. BGB.; Silberschmidt S. 56 ff. und JW. 1923 S. 221; Molitor Wesen S. 14; Oertmann S. 14; Nikisch Grundformen S. 189.

[28]) Die Unterscheidung zwischen Dauerschuldverhältnissen und nicht dauernden Schuldverhältnissen knüpft an die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Ausdehnung des Gesellschaftsrechts auf gesellschaftsähnliche Verträge an: Grundlegend Gierke in IheringsJ. 64/355 ff. Vgl. auch Staudinger-Kober Einl. Bem. 2 h zum VII. Abschnitt des 2. Buches des BGB.

[29]) Der Arbeitsvertrag ist mithin ein gegenseitiger, ein synallagmatischer Vertrag. Zuweilen wird für ihn auch der Begriff des Austauschvertrages geprägt. Hueck-Nipperdey I S. 103; Kaskel-Dersch S. 139.

[30]) Molitor Wesen S. 5 ff.; vgl .auch Jacobi S. 44; Lotmar I S. 41 ff.; Kaskel-Dersch S. 19.

[31]) Büsing S. 17; Denkschrift S. 14; a. M. Lutz Richter, der den physikalischen Begriff der Arbeit zugrunde zu legen versucht. Vgl. dazu Molitor Wesen S. 5; Kaskel-Dersch S. 19 Anm. 2.

[32]) Büsing S. 17.

[33]) Allerdings ist hierzu zu bemerken, daß das Reichsarbeitsgericht teilweise auch das Moment der wirtschaftlichen Abhängigkeit heranzieht; vgl. BenshSamml. Bd. 4 S. 143, Bd. 13 S. 42.

Das Reichsversicherungsamt verlangt in ständiger Rechtsprechung das Zusammentreffen einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit. Vgl. AN.

Neben dem Merkmal der Arbeit verlangt der Arbeitsvertrag in der Regel auch das Merkmal des Entgeltes. Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes hat es sogar für ein wesentliches Erfordernis des Arbeitsvertrages erklärt[36]).

Die herrschende Meinung[37]) hält indessen unter Berufung auf § 612 Abs. 1 BGB., der offenbar auch einen Dienstvertrag ohne Vergütung als möglich voraussetzt, Entgeltlichkeit der Arbeit mit Recht nicht für erforderlich. Nur die Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich das Merkmal des Entgelts verlangt, wie z. B. für den Begriff des Handlungsgehilfen in § 59 HGB., sind auszunehmen.

Auf den „unentgeltlichen Arbeitsvertrag" will Dersch[38]) die Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag (§§ 611 ff.), Hueck[39]) die Regeln des BGB. über den Auftrag (§§ 662 ff.) zur Anwendung bringen.

Auf die Form des Entgeltes kommt es nicht an. Regelmäßig besteht es in Geld und wird dann als Lohn, Gehalt, Arbeitslohn, bei Bühnenkünstlern und Musikern als „Gage" bezeichnet. Aber auch Sachleistungen, wie freie Station, Kleidung usw. und Handlungen, wie z. B. Ausbildung in einem Beruf, fallen unter den Begriff des Entgeltes[40]). Die nähere Ausführung muß der folgenden Darstellung des Einzelarbeitsvertragsrechts des Musikers vorbehalten bleiben[41]).

4. Die Eigenart des Arbeitsvertrages tritt jedoch dann besonders

---

1926 S. 428, 1927 S. 24; Dersch Komm. z. AVG. S. 199 und in ZVersWiss. 1930 S. 231.

34) Molitor S. 73 ff.; Büsing S. 17; Nikisch S. 14; Kaskel-Dersch S. 19 ff., 23 f., 138; Hueck-Nipperdey I S. 103; Molitor NZfA. 1931/110; Dersch NZfA. 1931/158 ff.; Depène Bem. I 2; Dersch-Volkmar Bem. 3 b zu § 5 AGG.

35) Die Eigenart des Arbeitsvertrages besteht gerade darin, daß er die Person des Schuldners viel intensiver ergreift, als beispielsweise der Mietvertrag oder der Kaufvertrag. Diese sind nur auf eine Sachleistung gerichtet, die allerdings auch zu einer persönlichen Verpflichtung des Schuldners führt, der Arbeitsvertrag ist aber auf eine Arbeitsleistung gerichtet, die der Schuldner mit seiner Person zu erfüllen hat.

36) Entwurf § 1; Denkschrift S. 14.

37) Kaskel-Dersch S. 20, 139; Hueck-Nipperdey I S. 45, 103; Nikisch S. 25; Jacobi S. 64; Nikisch S. 25; Lutz Richter S. 14; Silberschmidt S. 21; Dersch-Volkmar Anm. 3 c zu § 5 AGG.

38) Kaskel-Dersch S. 140.

39) Hueck-Nipperdey I S. 103. Vgl. auch S. 45 ebenda (§ 8 Anm. 34, 35). A. M. Kaskel S. 67; Oertmann S. 9; Lotmar I S. 39; Büsing S. 20. Über weitere Einzelheiten vgl. auch die folgende Anm.

40) Kaskel S. 67; Büsing S. 20 ff.; Oertmann S. 9. Auch die Hausgehilfin, die aus alter Anhänglichkeit bei der verarmten Herrschaft bleibt und sich mit der Gewährung von Kost und Wohnung begnügt (Beispiel von Hueck Bd. I S. 45) erfüllt einen entgeltlichen Arbeitsvertrag; denn die Gewährung von Vorteilen materieller oder immaterieller Art genügt für den Entgeltsbegriff.

41) Vgl. unten § 5 II 4.

hervor, wenn man ihn anderen ähnlichen Vertragstypen gegenüber abgrenzt. Im Rahmen eines Überblicks über die begrifflichen Grundlagen des allgemeinen Arbeitsvertrages kann dies nur einführend kurz geschehen. Die Darstellung des besonderen Arbeitsvertrages des Musikers wird aber Gelegenheit bieten, auf Einzelheiten genauer einzugehen[42]).

a) Für die rechtliche Beurteilung des Arbeitsvertrages kommen, solange der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes noch nicht Gesetz geworden ist, die Vorschriften des BGB., sei es allein oder ergänzend, in Betracht.

Das BGB. kennt aber die allgemeine Rechtsform des Arbeitsvertrages nicht, sondern für Verträge, nach denen Arbeit zu leisten ist, neben Spezialformen nur die Haupttypen des Dienst- und Werkvertrages, die erhebliche Unterschiede voneinander aufweisen. So wird zu prüfen sein, welche der beiden Regelungen dem Wesen des Arbeitsvertrages am meisten entspricht.

Die Unterscheidungsmerkmale sind stark umstritten[43]).

Die herrschende Lehre[44]) sieht den Unterschied mit Recht darin, daß beim Dienstvertrag die Arbeit, „die Tätigkeit als solche", ein „Wirken" geschuldet wird, beim Werkvertrag dagegen ein bestimmter „Arbeitserfolg", ein „Werk" unter eigener Verantwortlichkeit des Leistenden. Das ergibt sich aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung in den §§ 611, 631 BGB.

In der rechtlichen Ausgestaltung bestehen Unterschiede besonders hinsichtlich der Regelung der Gefahrtragung und der Auflösung des Vertrages. Beim Dienstvertrag trägt die Gefahr des Arbeitserfolges der Arbeitgeber, beim Werkvertrag der Unternehmer. Während der Dienstvertrag nur unter bestimmten Voraussetzungen auflösbar ist (§§ 620 ff. BGB.), kann der Werkvertrag nach § 649 BGB. jeder-

---

[42]) Vgl. unten §§ 5 I, 9 III.

[43]) Rümelin S. 16 ff.; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 40 ff.; Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. S. 41 ff.; Molitor Wesen S. 21 ff.; Nikisch Grundformen S. 46 ff.; Lutz Richter S. 9 ff.; Lotmar I S. 328 ff., II S. 820 ff.; Molitor-Hueck-Riezler S. 32 ff.; Scheffler S. 40 f.; Rustmeier S. 9 ff.; Kaskel-Dersch S. 139 ff.: Hueck-Nipperdey I S. 105 ff.; Jacobi S. 45 ff.; Nikisch S. 44; Enneccerus I 2 § 365 I; Enneccerus-Lehmann S. 506 (§ 142 I); Staudinger-Nipperdey Vorb. I 1 (S. 684 ff.); RGRKomm. Vorb. I (S. 236 ff.); Planck Vorb. VIII 2 (S. 954 ff.); Staudinger-Keidel Vorb. 1 vor § 611 BGB.; Depène Bem. I 4 a zu § 5 AGG.; RGZ. 72/179; 81/9; 86/75; 91/328 zuletzt 135/104. Geschichte: Gierke DPrR. III S. 591 ff.; Rothenbücher, Geschichte S. 24 ff. Ausländ. Recht: Molitor Wesen S. 25 f. über die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts vgl. unten § 5 I; 10 II, III.

[44]) Staudinger-Nipperdey a. a. O.; RGRKomm. a. a. O.; Enneccerus, Enneccerus-Lehmann a. a. O.; Kaskel-Dersch S. 140; Hueck-Nipperdey I S. 107; Planck, Staudinger-Keidel a. a. O.; die Rechtsprechung des RG.; RAG. in BenshSamml. 8/21; 10/419; 12/271; 13/471; 13/480; 15/130.

zeit vom Besteller gekündigt werden. All diese Momente sind aber nur Folgen der rechtlichen Gestaltung und können nicht, wie Rümelin[45]) es will, für die begriffliche Unterscheidung verwandt werden[46]).

Von den neueren Versuchen, die zur Abgrenzung des Dienstvertrages von dem Werkvertrage unternommen sind, sind besonders die von Molitor[47]) und Hoeniger[48]) zu erwähnen. All diese Versuche bieten in manchen Einzelheiten brauchbare Anhaltspunkte, vermögen aber nicht die von der herrschenden Lehre aufgestellten Unterscheidungsmerkmale zu ersetzen.

Die hier gezeigten Leitgedanken können nur Wegweiser zur Lösung sein, die Entscheidung muß dem Einzelfall vorbehalten bleiben. Sie ist im Arbeitsvertragsrecht des Musikers besonders schwierig, weil, wie sich zeigen wird, die gleiche Tätigkeit sowohl in der Form des Dienst- als auch des Werkvertrages denkbar ist. Hier ist vor allem von dem Willen der Vertragsparteien auszugehen und aus der Gestaltung der Rechte und Pflichten ein Bild zu gewinnen[49]).

b) Dem Gesellschaftsvertrage steht der Arbeitsvertrag insofern nahe, als es auch dort auf die persönliche Verbundenheit der Parteien ankommt. Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, daß der Arbeitsvertrag ein Austauschvertrag ist, gerichtet auf die Leistung von Arbeit einerseits, und in der Regel auf die Entrichtung eines Entgelts andererseits, während es sich bei dem Gesellschaftsvertrag um ein Zusammenwirken zu einem gemeinsamen Zweck handelt.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß bei dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter einander als gleichberechtigt gegenüberstehen, während der Arbeitsvertrag ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verlangt[50]).

Darum kann ein Gesellschaftsvertrag, auch wenn er den einen

---

[45]) S. 16 ff. Mit Unrecht leugnet er die Berechtigung der von der h. M. getroffenen Unterscheidung, die geschichtlich begründet ist.

[46]) Staudinger-Nipperdey a. a. O.

[47]) Molitor (Wesen S. 29 ff.) unterscheidet zwischen „Tätigkeitsvertrag" und „Erfolgsvertrag". Bei dem ersten bewertet er den mit der Arbeit unwillkürlich verbundenen Erfolg nicht als Erfolg i. e. S., sondern hat nur den Vorgang im Auge, der diesen Erfolg bildet. Der Erfolgsvertrag ist dagegen auf ein Ergebnis gerichtet, „das über den in der Arbeit selbst liegenden Erfolg hinausgeht". A. M. Hueck-Nipperdey I S. 105/6 Anm. 16; vgl. auch Kaskel-Dersch S. 139.

[48]) „Gattungs-" und „Speziesarbeit". Hoeniger Grundformen S. XX ff. Gegen ihn vor allem Hueck-Nipperdey I S. 106 Anm. 16; Enneccerus-Lehmann S. 508; Kaskel-Dersch S. 139 Anm. 1; vgl. auch Staudinger-Nipperdey a. a. O.; Nikisch (Grundformen S. 47) und Jacobi (S. 46) unterscheiden zwischen „zeit-" und „erfolgbestimmter" Arbeit. Gegen beide: Hueck-Nipperdey I S. 105 Anm. 16; Kaskel-Dersch S. 139; Staudinger-Nipperdey Vorb. I 1 vor § 611 BGB.

[49]) Vgl. unten § 5 I 1.

[50]) Hueck-Nipperdey I S. 104 mit weiteren Angaben. Depène Bem. I 4 b zu § 5 AGG.

Gesellschafter zur Arbeitsleistung verpflichtet, wie dies beispielsweise in den Satzungen der Orchestergesellschaften der Fall ist[51]), doch niemals ein Arbeitsvertrag im Sinne des Arbeitsrechts sein.

2. Kapitel:

Der Einzelarbeitsvertrag des Musikers.

§ 4. Der Abschluß des Arbeitsvertrages.

I. Vertragsfreiheit und ihre Durchbrechung.

Wie auf dem Gebiet der schuldrechtlichen Verträge überhaupt, so gilt auch für den Arbeitsvertrag des Musikers der Grundsatz der Vertragsfreiheit[1]). Ihre Schranke findet sie aber, wie jede andere Betätigungsmöglichkeit der persönlichen Freiheit an dem Gesetz: dem öffentlichen Recht und den zwingenden Normen des Privatrechts[2]).

Gerade der Arbeitsvertrag weist starke Beschränkungen in der Hauptsache bezüglich des Inhalts auf, auf die im einzelnen noch einzugehen sein wird[3]). Hervorgehoben sei schon jetzt, daß, soweit der Arbeitsvertrag des Musikers als gewerblicher Arbeitsvertrag anzusehen ist, nicht nur die Vorschriften des Vertragsrechts, sondern auch die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts, der Arbeitszeitverordnung sowie die Vorschriften über Frauen- und Kinderarbeit in Betracht kommen[4]).

Die Grenzen der Vertragsfreiheit werden ferner durch Gesamtvereinbarungen eingeengt, Tarifverträge, die zwischen einzelnen Arbeitgebern oder Verbänden von Arbeitgebern und Verbänden von Arbeitnehmern, oder Betriebsvereinbarungen, die zwischen den einzelnen Betriebsinhabern und den gesetzlichen Betriebsvertretungen abgeschlossen werden. Im Arbeitsvertragsrecht des Musikers überwiegen die Tarifverträge, die zwischen dem Deutschen Musiker-Verband[5]) und den Organisationen der Gastwirte, Saalinhaber, Lichtspieltheaterbesitzer, Kur- und Badeverwaltungen abgeschlossen und richtunggebend für die Fortentwickelung des Arbeitsvertragsrechts der Musiker geworden sind[6]).

---

[51]) Vgl. unten § 9 II 4.

[1]) Vgl. auch Molitor-Hueck-Riezler S. 85; Rustmeier S. 13 ff.

[2]) Anschütz Bem. 1 zu Art. 152 RVerf.

[3]) Vgl. unter 2. und unten § 5.

[4]) Hierher gehören auch die von den Treuhändern der Arbeit auf Grund des § 2 des Gesetzes über Treuhänder der Arbeit vom 19. Mai 1933 (RGBl. I S. 285) erlassenen Anordnungen. So hat insbesondere der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Brandenburg zur Bekämpfung der Schwarzarbeit für das Berliner Gastwirtsgewerbe den Arbeitspaß eingeführt. Hiernach müssen auch die in Gaststätten beschäftigten Musiker im Besitz eines Arbeitspasses sein (vgl. „Organ" Nr. 1312 vom 20. Januar 1934).

[5]) Über den Deutschen Musiker-Verband und seine Umgestaltung vgl. oben § 2 III.

[6]) Vgl. unten § 10 IV 4.

Sie regeln den Inhalt der Einzelarbeitsverträge; diese erhalten kraft der normativen Wirkung der Tarifverträge, der Unmittelbarkeit und Unabdingbarkeit den kollektiv vereinbarten Inhalt (§ 1 TVO.)[7]). Sie enthalten aber oft auch Formvorschriften. Die Wirkung dieser Formvorschriften wird im folgenden darzustellen sein.

2. Insbesondere: Die Form des Arbeitsvertrages.

Der Grundsatz der Formfreiheit bürgerlich-rechtlicher Verträge gilt auch für den Arbeitsvertrag des Musikers. So vollzieht sich der Abschluß des Arbeitsvertrages meist formlos entweder im Wege mündlicher Vereinbarung oder durch konkludente Handlung.

Ausnahmen dieses Grundsatzes können, wie auch sonst bei Verträgen des bürgerlichen Rechts, entweder gesetzlich vorgeschrieben oder durch die Parteien vereinbart sein.

a) Gesetzlich vorgeschriebene Formen spielen im Arbeitsvertragsrecht des Musikers keine Rolle[8]).

b) Häufiger sind die vereinbarten Formen

aa) Von den Parteien des Arbeitsvertrages:

Hauptsächlich handelt es sich dabei um die Vereinbarung der Schriftform, deren Voraussetzungen und Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrages sich nach den Vorschriften des BGB. entscheiden (§ 127 BGB.).

bb) Vielfach enthalten auch die Tarifverträge, so z. B. der Tarifvertrag für das Varieté-, Kabarett- und Zirkusgewerbe, die Bestimmung, daß Einzelarbeitsverträge schriftlich abzuschließen sind, oder es sind den Tarifverträgen weiter Normaldienstverträge beigefügt, nach denen der Abschluß der einzelnen Arbeitsverträge jeweils zu erfolgen hat[9]).

Nach herrschender Meinung wollen diese Bestimmungen nicht den Inhalt der Einzelarbeitsverträge, sondern nur die Form ihres Abschlusses regeln und entbehren insoweit der Normenwirkung und Unabdingbarkeit (§ 1 TVO.). Daraus folgt, daß trotzdem mündlich abgeschlossene Einzelarbeitsverträge gültig sind[10]). Sie fallen jedoch nicht unter die Tarifverträge, ihr Inhalt richtet sich nicht nach den

---

[7]) Kaskel-Dersch S. 95 ff.; Molitor Komm. S. 6 ff., 68 ff. Nach den Bestimmungen des VII. Abschnitts des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit treten mit dem 1. Mai 1933 u. a. die Tarifvertragsverordnung und das Betriebsrätegesetz mit Nebengesetzen außer Kraft. An ihre Stelle treten folgende Vorschriften des Gesetzes: I. Abschnitt über Führer des Betriebes und Vertrauensrat. II. Abschnitt über Treuhänder der Arbeit. III. Abschnitt: Betriebsordnung und Tarifordnung, V. Abschnitt: Kündigungsschutz.

[8]) Vgl. die Aufstellung bei Kaskel-Dersch S. 164 ff. und Staudinger-Nipperdey Bem. III zu § 611 BGB.

[9]) Rustmeier S. 14. Tarifvertrag des Deutschen Musiker-Verbandes mit dem Deutschen Bühnenverein vom 10. August 1928. Vgl. auch Dienstag S. 164 ff. (Normalvertrag für Schauspieler).

[10]) RAG. in BenshSamml. 11/42; 11/297; Kaskel-Dersch S. 164; Hueck-Nipperdey II S. 57 Anm. 5, 75; Jacobi S. 195.

Tarifvertragsnormen, sondern nach den mündlichen Abreden, und in Ermangelung solcher nach den einschlägigen Bestimmungen des BGB., der Gewerbeordnung oder anderer etwa in Betracht kommender Gesetze. Soweit die Einzelarbeitsvertragsparteien die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gemacht haben, gelten diese nicht als Tarifvertragsnormen, nicht kraft ihrer Unabdingbarkeit, sondern kraft Vertragswillens der Einzelarbeitsvertragsparteien [11] [12].

II. Die Parteien des Arbeitsvertrages.

1. Der Arbeitsvertrag kommt durch Einzelabrede zwischen dem Musiker als Arbeitnehmer und dem Arbeitsempfänger als Arbeitgeber zustande.

Arbeitgeber kann jede natürliche oder juristische Person sein [13]; das letztere ist gerade im Arbeitsvertragsrecht des Musikers recht häufig.

Das Umgekehrte ist dagegen, wie sich im Gruppenarbeitsvertragsrecht des Musikers zeigen wird [14], nicht möglich: Dadurch, daß sich eine Musikkapelle als Eigengruppe in der Rechtsform der juristischen Person zu einer Arbeitsleistung, einem „Tätigwerden", verpflichtet, wird sie noch nicht zum Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts; es können zwar die einzelnen Glieder der Gruppe, jedoch nicht die Gruppe als solche persönlich von dem Arbeitgeber abhängig sein [15].

2. Die Fähigkeit zum Abschluß des Arbeitsvertrages richtet sich für beide Vertragsteile nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.). Da sich bei dem Arbeitsvertrag des Musikers Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht nicht ergeben, erübrigt sich eine nähere Darstellung.

§ 5. Der Inhalt des Arbeitsvertrages.

Den Inhalt des Arbeitsvertrages bildet die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die sich aus dem Vertrage für die Parteien ergeben. Auch die Bestimmungen über den Beginn und die Beendigung des Vertrages werden hierin einbezogen.

I. Die Pflichten des Musikers.

Dem Musiker erwachsen, wie den übrigen Arbeitnehmern aus dem

---

11) RAG. in BenshSamml. 11 42; Kaskel-Dersch S. 164.

12) A. M. Kaskel in NZfA. 1922 401 Anm. 10, der zu Unrecht Normativwirkung annimmt. A. M. auch LAG. Breslau in BenshSamml. 8 73 (LAG.).

13) Staudinger-Nipperdey Bem. II 1 zu § 611 BGB.

14) Vgl. unten § 9 III.

15) Hueck-Nipperdey I S. 134. Gleicher Ansicht aber mit anderer Begründung Nikisch S. 45. A. M. Molitor-Hueck-Riezler S. 57 f.; Molitor Wesen S. 9; Lotmar I S. 62 f. Vgl. auch Staudinger-Nipperdey Bem. II 2 zu § 611 BGB.; Büsing S. 35. Näheres unten § 9 III.

Arbeitsvertrage drei Hauptpflichten: Die Dienstpflicht (1), die Gehorsams- (2) und die Treupflicht (3).

1. Nach § 611 BGB. ist er „zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet".

Die Grenze, wann es sich noch um Dienste im Sinne des § 611 BGB. handelt, oder wann bereits ein „Werk" im Sinne eines Werkvertrages als Leistung geschuldet wird, ist gerade hier nicht leicht zu ziehen. Diese Schwierigkeiten wurden bei der Besprechung der Grundzüge des allgemeinen Arbeitsvertrages bereits angedeutet[16]).

In der Regel werden die Arbeitsverträge der Musiker dahin abgeschlossen, daß sie sich verpflichten, innerhalb gewisser Zeiten des Tages oder der Nacht zu spielen[17]).

Von der Person des Musikers aus gesehen, handelt es sich meist um Dienste fortlaufender Art, nicht um die Hervorbringung eines geschlossenen Ganzen. Zwar mag, streng genommen, wie das Reichsarbeitsgericht[18]) ausführt, jede einzelne Programmnummer, für sich betrachtet, ein geschlossenes Ganzes darstellen. Aber die Musiker sind vertraglich verpflichtet, während eines längeren Zeitraumes für die ständige Wiederholung derartiger einzelner Erfolge tätig zu sein. Diese Verpflichtung ist dienstvertraglicher Natur und kein dem Werkvertrage eigentümlicher Erfolg; denn es fehlt ihr der Charakter des einmaligen, der Einzelleistung[19]).

Künstler, die sich einem Konzertunternehmen gegenüber gegen Entgelt verpflichten, schließen einen Arbeitsvertrag, wenn Inhalt des Vertrages ein fortlaufendes Tätigwerden ist, mag es auch vom Publikum als Einzelleistung angesehen werden. Anderenfalls liegt ein Werkvertrag vor. Im Zweifel ist dafür die Verkehrsauffassung maßgebend[20]).

2. Der Musiker hat seine Dienste in Person zu leisten. Das gilt nicht nur „im Zweifel" (§ 613 S. 1 BGB.), sondern, weil es sich hier um Leistungen individueller Natur handelt, schlechthin. Dem Arbeitgeber ist nicht damit gedient, daß der Musiker, mit dem er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, einen Ersatzmann schickt, der zwar den ehrlichen Willen zu spielen besitzt, aber von der Musik nichts versteht. Trotz der Stellung des Ersatzmannes gerät der Musiker in Leistungsverzug[21]).

Umgekehrt ist der Anspruch auf Leistung der Dienste im Zweifel auf Dritte nicht übertragbar. Immerhin ist anzunehmen, daß für den Fall des Todes des bisherigen Arbeitgebers der Übergang des

---

[16]) Vgl. oben § 3 II 4 a, unten §§ 9, 10.
[17]) Vgl. z. B. Tarifheft für Gruppe II (Ensemble).
[18]) RAG. BenshSamml. 6/235; 15/123; 15/499.
[19]) RAG. BenshSamml. 4/143; DMZ. 1932/62; Rustmeier S. 9 ff.; RGRKomm. Bem. 4 zu § 611 BGB.; vgl. auch JW. 1910/13; OLG. 40, 317 f.
[20]) Dersch-Volkmar Bem. 6 d zu § 5 AGG.
[21]) Rustmeier S. 17.

Dienstanspruchs in der Regel als stillschweigend vereinbart gilt, falls keine Veränderung des Inhalts der Dienstleistung eintritt [22]). Hierbei werden aber die Belange beider Teile in Betracht zu ziehen sein: Weder kann dem Musiker, noch den Erben des Arbeitgebers unter allen Umständen die Fortsetzung des Arbeitsvertrages zugemutet werden [23]).

In noch verstärktem Maße gilt dies für den Fall der Veräußerung eines Konzert- oder Tanzunternehmens oder größeren Etablissements. Hier ist der Anspruch auf Leistung der Dienste nicht ohne weiteres auf den Erwerber übertragbar. Das bedingt die Eigenart des Arbeitsverhältnisses des Musikers, welches von besonderen individuellen und künstlerischen Voraussetzungen ausgeht. Nur selten werden sich unter Berücksichtigung des § 157 BGB. Ausnahmen hinsichtlich der Übertragbarkeit des Dienstanspruchs ergeben [24]).

c) Gegenstand der Arbeitsleistung ist die im Vertrage ausbedungene Tätigkeit. Ihre Ausgestaltung im einzelnen nach Ort, Zeit und Dauer unterliegt dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, dem auf seiten des Musikers die Gehorsamspflicht entspricht [25]).

Das Leitungsrecht des Arbeitgebers umfaßt vor allem die musikalische Leitung und die Einwirkung auf die Programmgestaltung, bei der Betriebsgruppe auch die Befugnis zur Änderung in der Zusammensetzung der Kapelle [26]).

Diese Grundsätze erleiden aber zahlreiche Ausnahmen:

aa) Sie ergeben sich zunächst aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses. Die Tätigkeit des Musikers bestimmt sich, wie auch sonst im Arbeitsrecht, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB.) [27]). Hierbei ist gerade auf seine künstlerische Eigenart und Selbständigkeit gebührend Rücksicht zu nehmen.

So ist einem Musiker, der in einem Lichtspieltheater als Pianist angestellt ist, nicht zuzumuten, die Leitung eines Schallplattenapparates als Tonsteuerer zu übernehmen [28]). Die geforderte Tätigkeit würde das Aufgehen der eigenen künstlerischen Betätigung des Musikers und mithin nicht nur ein Herabsteigen in künstlerischer Betrachtungsweise, sondern eine völlig andere musikalische Betätigung bedeuten. Denn wenn auch Schallplatte und Tonfilm heutzutage zu einer Mechanisierung der Musik in weitem Umfange geführt haben

---

[22]) Kaskel-Dersch S. 168.

[23]) RG. in NZfA. 1924 Sp. 491.

[24]) Dersch in ArbRPrax. 1930/142; Kaskel-Dersch S. 168; RGZ. 58/256; Entwurf § 25. Vgl. auch § 415 BGB. hinsichtlich der Passivseite.

[25]) Kaskel-Dersch S. 169; Hueck-Nipperdey I S. 121. Vgl. auch unter 2 unten.

[26]) Vgl. unten § 8 II 4; Rustmeier S. 18.

[27]) Hueck-Nipperdey I S. 152; Kaskel-Dersch S. 168; Nikisch S. 57; Staudinger-Nipperdey Bem. V 3 zu § 611 BGB.; Entwurf § 18.

[28]) RAG. in BenshSamml. 12/262.

und die künstlerischen und musikalischen Bedürfnisse eines großen Teiles des Volkes befriedigen, so besteht trotzdem, wie das Reichsarbeitsgericht [29]) mit Recht betont, ein grundlegender Unterschied mit der vom Künstler selbst gespielten lebendigen Musik.

bb) Darüber hinaus kommen gesetzliche Beschränkungen der Leitungsbefugnis in Betracht, die zunächst in den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 138, 226, 242 BGB.), dann aber auch in den besonderen Arbeitszeitbestimmungen des öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerschutzrechts zu finden sind. Sie gelten ganz allgemein für alle Arbeitsverträge, so daß es einer besonderen Hervorhebung nicht bedarf [30]).

cc) Schließlich sind vertragliche Beschränkungen, regelmäßig in Tarifverträgen oder Normalverträgen, seltener in den einzelnen Arbeitsverträgen möglich.

Ist im Arbeitsvertrag eine bestimmte Tätigkeit, das Spielen eines bestimmten Instrumentes, vereinbart, wie dies meist in den Normalverträgen vorgesehen wird, so braucht der Musiker nur die vereinbarte Arbeit zu leisten. Andere Arbeit kann von ihm nur im Notfall und nur dann gefordert werden, wenn die Übernahme nach Treu und Glauben erwartet werden kann [31]).

Danach besteht für Mitglieder einer Musikkapelle die Verpflichtung, für ausbleibende Kollegen einzuspringen, nur, falls hierzu die Möglichkeit und Fähigkeit besteht.

Dem tragen die Normalverträge und die meisten Anstellungsverträge der Musiker bereits Rechnung und sehen in einer Klausel auch die Übernahme eines anderen als des regelmäßig zu spielenden Instrumentes vor [32]).

Die Tarifverträge enthalten vielfach Bestimmungen [33]), wonach eine bestimmte tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit für die Musiker festgesetzt wird. Diese Klauseln wollen grundsätzlich nur die Höchstarbeitszeit, nicht aber die Mindestarbeitszeit festlegen oder den Mu-

---

[29]) BenshSamml. 12/262.

[30]) Vgl. die Aufstellung bei Hueck-Nipperdey I S. 155 ff.; Kaskel-Dersch S. 171; Staudinger-Nipperdey Bem. V 6 zu § 611 BGB. über die Leitgedanken des neuen Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (RGBl. 1934 I S. 45 ff.) vgl. oben § 3 II.

[31]) wobei jedoch noch hinzukommt, daß die Entlohnung jedenfalls dieselbe, wie vereinbart, bleiben muß, auch wenn die zu leistende Arbeit an sich unter eine niedrigere Tariflohnstufe fallen würde. RAG. BenshSamml. Bd. 7 S. 355; Bd. 8 S. 63, 290, 504. — Vgl. auch Rustmeier S. 17; Hueck-Nipperdey I S. 152; Dienstag S. 58.

[32]) Rustmeier S. 17.

[33]) Vgl. z. B. § 4 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband der Lichtspieltheater von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung Süd, vom 12. Dezember 1929; § 14 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband Sachsen-Anhalt im Bunde der Saal- und Konzertlokalinhaber Deutschlands und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg, vom 29. November 1929.

sikern eine bestimmte Arbeitszeit mit entsprechendem Lohn garantieren[34]). Sie bedeuten also nur eine Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers in der Richtung, daß von der Arbeitskraft des Musikers über eine bestimmte tägliche oder wöchentliche Dauer hinaus nicht Gebrauch gemacht werden darf.

Im Interesse der Sicherheit und des guten Rufes des Betriebes können Vorschriften seitens des Arbeitgebers getroffen werden. Hierunter fallen vor allem die Rauchverbote für die Bühnenmusiker in Theatern, die Verbote des Verkaufs von Postkarten, der Abgabe von Autogrammen an das Publikum und die Verbote sich von Gästen freihalten zu lassen, für die Musiker in Bars und Tanzdielen.

Soweit sich derartige Einwirkungen im Rahmen der Betriebszwecke halten und nicht grundlos eine Erschwerung der Tätigkeit der Musiker bedeuten, wird gegen sie nichts einzuwenden sein. Sie dürfen aber nicht überspannt werden; denn dem Musiker muß bei der Schwierigkeit, heute ein Engagement zu finden, stärker als früher die Möglichkeit gelassen werden, für sich zu werben und die Aufmerksamkeit des Publikums auf sich zu lenken, damit sein Name bekannt wird und sich einprägt.

dd) Anordnungen des Arbeitgebers, die über den eben erörterten Rahmen hinausgehen, sind als gesetz- oder vertragswidrig für den Musiker nichtig (§§ 134, 138, 157, 226, 242 BGB.; § 1 TVO.).

2. Die Gehorsamspflicht[35]) des Musikers entspricht dem bereits erwähnten Direktionsrecht des Arbeitgebers[36]). Sie beschränkt sich grundsätzlich nur auf die eigentliche Arbeitsleistung und auf das Verhalten im Betrieb.

3. In der Treupflicht[37]), die dem Musiker wie jedem Arbeitnehmer obliegt, offenbart sich der deutschrechtliche Charakter des Arbeitsvertrages, der über das rein schuldrechtliche Vertragsverhältnis hinaus gewisse personenrechtliche Bindungen unter den Parteien schaffen will[38]).

Ihr Wesen besteht in dem bereits aus § 242 BGB. folgenden Rechtsgrundsatz, daß der Arbeitnehmer sich bei Ausführung seiner Arbeit von den Interessen des Arbeitgebers leiten lassen soll. Im einzelnen umfaßt sie entsprechend der Bestimmung in § 70 der früheren preußischen Gesindeordnung, wonach das Gesinde gehalten war, „der Herrschaft Nutzen zu befördern, Schaden und Nachteil aber, so-

[34]) Kaskel-Dersch S. 180 Anm. 6; RAG. BenshSamml. Bd. 14 S. 122.

[35]) Hueck-Nipperdey I S. 177 ff.; Kaskel-Dersch S. 174; Nikisch S. 65; Staudinger-Nipperdey Bem. VI zu § 611 BGB.; Molitor-Hueck-Riezler S. 126 ff.

[36]) Vgl. oben unter 1.

[37]) Hueck-Nipperdey I S. 179 ff.; Kaskel-Dersch S. 174; Staudinger-Nipperdey Bem. VII zu § 611 BGB.; Molitor-Hueck-Riezler S. 129 ff. über die Grundgedanken des neuen Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (RGBl. 1934 I S. 45 ff.) vgl. oben § 3 II.

[38]) Gierke Festschrift S. 37 ff.; Dienstag S. 65 mit weiterer Literatur.

weit es an ihm lag, abzuwenden", eine Pflicht zum positiven Handeln und eine Unterlassungspflicht.

Im folgenden sind die besonderen Auswirkungen der Treupflicht zu erörtern, die der Arbeitsvertrag des Musikers entstehen läßt.

a) Zu den Pflichten zum positiven Handeln gehört die bereits erwähnte Verpflichtung des Musikers, bei Erkrankung oder Verhinderung eines Kollegen „einzuspringen", d. h. dessen Instrument zu übernehmen, sofern sich dies technisch ermöglichen läßt[39]).

Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ist der Musiker nach Treu und Glauben verpflichtet, von seiner etwaigen Erkrankung dem Arbeitgeber sofort Anzeige zu machen. In den Tarifverträgen wird jedoch meist vereinbart, daß der Musiker in Krankheitsfällen von längerer Dauer zur Beibringung eines ärztlichen Attestes oder auf Verlangen des Arbeitgebers auch zur Untersuchung durch einen Vertrauensarzt verpflichtet ist[40]).

Die Treupflicht gebietet dem Musiker schließlich, für Interessen, Ansehen, Ruf des Betriebes und des Arbeitgebers einzutreten, sowie drohende erfolgte oder vorauszusehende Schäden anzuzeigen[41]). Erfährt er z. B., daß ein anderer mit ihm zusammen beschäftigter Musiker sein Engagement vorzeitig beenden will, so daß hierdurch der Fortbestand des Betriebes gefährdet ist, so ist er verpflichtet, unverzüglich dem Arbeitgeber Meldung zu erstatten, damit dieser die geeigneten Maßnahmen ergreifen kann.

Unter Umständen kann auch die Anzeige solcher Schäden in Betracht kommen. die mit der eigenen Arbeitsleistung des Musikers nicht unmittelbar zusammenhängen. Hört der Musiker beispielsweise von Diebstählen und Veruntreuungen der Kellner oder des Buffetiers, so ist er gleichfalls zur Anzeige verpflichtet[42]).

b) Die Unterlassungspflicht geht zunächst dahin, daß der Musiker während seines Engagements über alle ihm auf Grund seines Arbeitsverhältnisses bekannt werdenden Tatsachen, die offensichtlich nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind, Stillschweigen gegenüber dritten Personen, vor allem Konkurrenten des Arbeitgebers, zu bewahren hat.

Diese Verpflichtung bezieht sich auf alle Tatsachen geschäftlicher Art, Gagenzahlungen, Kalkulationen usw. Bereits fahrlässige Ver-

---

[39]) Vgl. oben § 5 I 1 c.

[40]) Vgl. z. B. § 8 des Tarifvertrages zwischen der Universum-Film-AG. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West vom 3. Juni 1926; § 8 des Tarifvertrages zwischen dem Verein der Magdeburger Lichtspieltheaterbesitzer e. V. Magdeburg und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg vom 27. November 1929; § 7 der Orchesterdienstordnung, vereinbart zwischen dem Deutschen Bühnen-Verein und dem Deutschen Musiker-Verband vom 10. August 1928.

[41]) Hueck-Nipperdey I S. 180; Kaskel-Dersch S. 174; Staudinger-Nipperdey Bem. VII 1 a zu § 611 BGB.; Entwurf § 16. Vgl. auch Dienstag S. 70.

[42]) Vgl. noch Oertmann S. 188 ff.; Nikisch S. 65.

letzung dieser Vertragspflicht macht den Musiker schadensersatzpflichtig[43]).

Die Pflicht zur Verschwiegenheit erstreckt sich aber auch auf alle Mitteilungen an dritte Personen, die den Ruf oder Kredit des Arbeitgebers schädigen können, und zwar selbst dann, wenn es sich um erweislich wahre Tatsachen handelt[44]).

Verbreitet beispielsweise der Musiker ungünstige Mitteilungen über den Vermögensstand seines Arbeitgebers und zerstört er dadurch aussichtsreiche Kreditverhandlungen, so macht er sich schadensersatzpflichtig.

Auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht diese Schweigepflicht noch fort, soweit es sich um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse handelt, die dem Musiker vermöge seines Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich geworden sind oder die er durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat (§ 17 Abs. 2 UWG. in der Fassung der NotVO. vom 9. März 1932 — RGBl. I S. 123 —).

Greifen diese Vorschriften nicht ein, so kann möglicherweise immer noch ein Verstoß gegen § 826 BGB. in Betracht kommen.

Die Treupflicht verbietet dem Musiker schließlich, seine Kollegen und Mitarbeiter zu Vertragsverletzungen zu verleiten oder ihnen sonst dazu behilflich zu sein[45]).

II. Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers[46]).

Der Arbeitspflicht des Musikers entspricht als Hauptpflicht des Arbeitgebers die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung, die Lohnzahlungspflicht.

Sie ist für den Arbeitsvertrag derart wesentlich, daß § 612 BGB. selbst für den Fall, daß eine Vergütung nicht ausdrücklich vereinbart ist, die Zahlung einer angemessenen Vergütung vorsieht.

Soweit auf das Arbeitsvertragsverhältnis des Musikers Tarifverträge und Normalverträge Anwendung finden — und das wird in der Regel zutreffen —, kommt dieser Vorschrift allerdings keine Be-

---

[43]) Hueck-Nipperdey I S. 179/180; Kaskel-Dersch S. 174; Staudinger-Nipperdey Bem. VII 1 b zu § 611 BGB. mit weiteren Zitaten; Entwurf § 33, dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 129 ff.

[44]) LAG. Mannheim BenshSamml. Bd. 3 S. 36 (LAG.); LAG. Altona BenshSamml. Bd. 4 S. 110 (LAG.). Weitere Rechtsprechung bei Hueck-Nipperdey I S. 179 Anm. 3 und Staudinger-Nipperdey a. a. O.

[45]) Hueck-Nipperdey I S. 179; Staudinger-Nipperdey Bem. VI 1 b zu § 611 BGB. mit weiteren Angaben.

[46]) Hueck-Nipperdey I S. 195 ff. (§§ 38—43); Kaskel-Dersch S. 175 ff. (§§ 33—36); Nikisch S. 68 ff. §§ 19—21); Büsing S. 19 ff.; Staudinger-Nipperdey Bem. VIII zu § 611 BGB.; Planck Bem. 4 zu § 611, Bem. 2 zu § 612 BGB.; Enneccerus-Lehmann S. 508 ff., 517 f.; Entwurf §§ 47 ff.; dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 147 ff.

deutung zu; denn dort ist die Zahlung einer bestimmten Vergütung bereits vorgesehen[47]).

1. Gläubiger des Gagenanspruchs ist grundsätzlich der Dienstverpflichtete, also der Musiker selbst. Ausnahmen sind denkbar, wenn auf Grund eines Vertrages zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff. BGB.) der Gagenanspruch des Musikers einem Dritten zusteht.

Der Gläubiger der Gagenforderung wird in der Regel mit dem Empfänger der Gage identisch sein; dieser Grundsatz gilt auch für die im gesetzlichen Güterstande[48]) lebenden verheirateten weiblichen Musiker: Nach § 1367 BGB. gehört ihre Gage als „Erwerb durch Arbeit" zum Vorbehaltsgut; deshalb erstreckt sich auf sie nicht die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes (§ 1365 BGB.).

In folgenden Fällen tritt jedoch an die Stelle des dienstverpflichteten Musikers ein Dritter als Empfänger der Gage ein:

a) wenn es sich um einen geschäftsunfähigen oder minderjährigen Musiker handelt, dem keine allgemeine Ermächtigung aus § 113 BGB. erteilt ist. Dann ist der gesetzliche Vertreter empfangsberechtigt.

b) Soweit der Anspruch auf die Vergütung in gesetzlich zulässiger Form an einen Dritten abgetreten oder verpfändet bzw. von diesem gepfändet ist: Dann ist an den Dritten zu zahlen[49]).

c) Falls einem Dritten Inkassovollmacht erteilt ist, ist dieser zur Empfangnahme der Gage im Namen des Musikers mit unmittelbarer Vertreterwirkung berechtigt[50]).

Die Gagenforderung des Musikers geht auf die Erben nach allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen über.

2. Ort der Lohnzahlung ist, soweit zwischen Arbeitgeber und Musiker nichts vereinbart ist, der Ort der gewerblichen Niederlassung des Arbeitgebers (§ 269 BGB.). Die Lohnschuld ist praktischer Übung nach eine Holschuld, § 270 Abs. 1 BGB. gilt also nicht[51]).

Die gleiche Regelung gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis seitens des Musikers ordnungswidrig gelöst ist, hinsichtlich des noch nicht fälligen und dementsprechend auch nicht ausbezahlten Lohnes.

Die Gage verwandelt sich dagegen in eine Bringschuld, wenn das

---

[47]) Vgl. z. B. den Normalvertrag zwischen dem Deutschen Bühnen-Verein und dem Deutschen Musiker-Verband vom 10. August 1928, § 3.

[48]) Im Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft und Errungenschaftsgemeinschaft gehört der Lohnanspruch zum Gesamtgut und unterliegt der Verwaltung des Mannes (§§ 1440, 1526, 1549 BGB.).

[49]) Einzelheiten hierüber gehören dem allgemeinen Arbeitsvertragsrecht an und sind deshalb nicht näher zu erörtern. Vgl. Kaskel-Dersch S. 198 ff. (§ 36); Hueck-Nipperdey I S. 235 ff. (§ 43); Enneccerus-Lehmann S. 517 f.

[50]) Kaskel-Dersch S. 198.

[51]) Staudinger-Nipperdey Bem. VIII 3 zu § 611 BGB.; Kaskel-Dersch S. 195; Hueck-Nipperdey I S. 203.

Arbeitsverhältnis ordnungsmäßig aufgelöst oder der Musiker zu Unrecht vom Arbeitgeber entlassen ist [52]).

3. Die Zeit der Gagenzahlung wird zuweilen vertraglich vereinbart. So bestimmt z. B. § 11 des Tarifvertrages für das Varieté-, Kabarett- und Zirkusgewerbe, daß die Gagenzahlung am 8., 16., 24. und dem Letzten des Monats zu erfolgen habe [53]).

Trifft dies nicht zu, so ist der Musiker nach § 614 BGB. vorleistungspflichtig. Ist der Lohn nach Zeitabschnitten bemessen, dann ist er demgemäß nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu zahlen (§ 614 S. 2 BGB.).

Die Lohnzahlung kann aber bereits vor der ordentlichen vertrags- oder gesetzmäßigen Zahlungszeit erfolgen in Form von Vorschuß- oder Abschlagszahlungen [54]).

Beide sind keine Darlehen, da sie als Vorausleistung in Erwartung einer vertraglichen Gegenleistung in Erfüllungs- und nicht in Verpflichtungsabsicht gegeben sind. Sie können also, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt ist, nur auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung vom Arbeitgeber zurückgefordert werden [55]).

Auf die Gewährung von Vorschuß- oder Abschlagszahlungen hat der Musiker mangels abweichender Vereinbarungen keinen Rechtsanspruch. Er ist daher nicht berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten oder seine Arbeit zu verweigern, wenn seinem Ersuchen um Vorschuß- oder Abschlagszahlungen nicht entsprochen wird. Andererseits ist der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Musikers zu einer bloß teilweisen Vorschußzahlung nicht berechtigt (§ 266 BGB.).

4. Die Entlohnung kann in der Form des Geldlohnes oder durch andere Leistungen als Geld in der Form des sog. Naturallohnes erfolgen [56]).

a) Fast ausnahmslos wird in den Tarifverträgen, Normalverträgen und Einzelarbeitsverträgen die Zahlung in Geld, und zwar in bar und in Reichswährung, vorgesehen [57]).

Bargeldlose Zahlung, die nur zahlungshalber erfolgt (§ 364 Abs. 2 BGB.), ist nur zuzulassen, wenn sie dem Musiker die sofortige Verfügung über den Lohnbetrag ermöglicht [58]).

---

[52]) Staudinger-Nipperdey a. a. O.; Kaskel-Dersch a. a. O.; Hueck-Nipperdey a. a. O.

[53]) Vgl. auch § 5 des Tarifvertrages zwischen dem Verein der Magdeburger Lichtspieltheaterbesitzer e. V. Magdeburg und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg, vom 27. November 1929.

[54]) Vorschüsse sind Zahlungen auf den noch nicht fälligen Lohn, Abschlagszahlungen. Lohnzahlungen auf den verdienten, aber noch nicht durch Berechnung festgestellten Lohn. Vgl. Kaskel-Dersch S. 197.

[55]) RGRKomm. Bem. 2 vor § 607 BGB.; Staudinger-Nipperdey Bem. I 4 d zu § 614 BGB.; Kaskel-Dersch S. 197.

[56]) Vgl. dazu Nikisch in ArbR. 1933 Sp. 353 ff.

[57]) Vgl. z. B. § 11 des Tarifvertrages für das Varieté-, Kabarett- und Zirkusgewerbe vom 16. Juni 1932.

[58]) Hoeniger JW. 1923 S. 217; Staudinger-Nipperdey

Lohnform ist der sog. Zeitlohn. Die Vergütung wird ohne Rücksicht auf den Erfolg der Arbeit nach der Dauer der geleisteten Arbeit bemessen.

Die Lohnbemessungsperioden sind verschieden, je nachdem, ob es sich um ständig oder nur gelegentlich beschäftigte Musiker handelt.

Für die letzteren sehen die Tarifverträge[59]) Tage und Stunden, für die ersteren hingegen Wochen und Monate als Lohnbemessungsperioden vor.

Soweit die vertraglich bestimmte Arbeitszeit überschritten wird, erfolgt nach den Tarifverträgen eine andere Art der Lohnberechnung. Hiernach ist die Überarbeit grundsätzlich besonders zu entlohnen, und zwar regelmäßig höher als die vertragsmäßige Arbeit[60]). Sind jedoch die Musiker längere Zeit unter Zahlung des vollen Lohnes von der Arbeit freigestellt gewesen, so können sie, wenn kurz darauf von ihnen eine geringe Mehrleistung gefordert wird, nach Treu und Glauben keinen Überstundenlohn verlangen[61]). Auch bei Rundfunkübertragungen besteht mangels besonderer Vereinbarung kein Anspruch auf besondere Vergütung gegen den Arbeitgeber[62]).

Von den getroffenen tariflichen Sonderregelungen sind noch folgende zu erwähnen:

Die Tarifverträge gewähren dem Musiker eine Anzahl von dienstfreien Tagen im Monat, in der Regel unter Fortzahlung der vollen Entlohnung[63]). Während der Ruhezeit ist es jedoch dem Musiker untersagt, sich anderweit gegen Entgelt zu betätigen. Jede Übertretung dieser Bestimmung gilt als Bruch des Dienstvertrages[64]).

Unter gewissen Voraussetzungen wird in den Tarifverträgen den ständig beschäftigten Musikern ein Urlaubsanspruch gegeben. Hierauf wird in anderem Zusammenhange noch näher einzugehen sein[65]).

Bem. VIII 6a zu § 611 BGB.; Hueck-Nipperdey I S. 205; a. M. Kaskel-Dersch S. 191; Dienstag S. 84.

[59]) Vgl. für unständig beschäftigte Musiker § 8 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband Sachsen-Anhalt im Bunde der Saal- und Konzertinhaber Deutschlands und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg vom 29. November 1929. Für ständig beschäftigte Musiker § 9 des gleichen Tarifvertrages und Lohnabkommen zwischen dem Verband Berliner Bühnenleiter und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Berlin.

[60]) Vgl. z. B. § 10 des Tarifvertrages für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg E. V. und der Ortsverwaltung Berlin des Deutschen Musiker-Verbandes vom 23. September 1929.

[61]) LAG. Berlin vom 30. Mai 1929 (106 S 798. 29) bei Ruben Nr. 2465.

[62]) LAG. Berlin vom 28. September 1929 (107 S 310. 29) bei Ruben Nr. 685.

[63]) Vgl. z. B. Tarifvertrag zwischen der Universum-Film-AG. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West vom 3. Juni 1926, § 9; vgl. auch LAG. Berlin vom 31. Januar 1930 (102 S 2658. 29) bei Ruben Nr. 500, 2466.

[64]) § 9 des Tarifvertrages zwischen der Universum-Film-AG. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West.

[65]) Vgl. unten § 5 III.

An besonderen Vergütungen werden den Musikern, die Noten und Instrumente selbst stellen, für den Ersatz der Noten und des Verbrauches an Saiten, Fellen und Blättern, wenn der Ersatz nicht vom Arbeitgeber gestellt wird, Instrumentengelder gezahlt[66]. Außerdem sind die Arbeitgeber nach den meisten Tarifverträgen verpflichtet, die in den Betrieben verbleibenden Musikinstrumente auf ihre Kosten im üblichen Rahmen zu versichern[67].

b) Die Form des Naturallohnes kommt für sich allein im Arbeitsvertragsrecht des Musikers fast nicht vor, sondern nur in Verbindung mit dem Geldlohn, und auch dann nur in kleineren, vorwiegend ländlichen Betrieben. Einer näheren Darstellung bedarf es deshalb nicht.

5. Die Höhe der Gage unterliegt zwar der freien Vereinbarung der Parteien, wird aber in der Regel durch Tarifverträge festgesetzt. Eine abweichende Vereinbarung zuungunsten des Musikers ist dann nach § 1 TVO. ausgeschlossen[68]. Ein nachträglicher Verzicht auf die gemäß dem Tarifvertrage entstandenen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrage im Wege des Erlaßvertrages (§ 397 BGB.) ist nach der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts[69] zwar möglich. Wußte aber der Arbeitgeber oder mußte er nach Lage des Falles wissen, daß der Verzicht nur unter dem Zwange wirtschaftlicher Not ausgesprochen war, so ist er unwirksam.

Auch an die „Verwirkung"[70] von Tarifnachforderungen sind strenge Maßstäbe anzulegen[71].

Die nähere Ausführung würde den Rahmen dieser Darstellung überschreiten; sie gehört in die Darstellung des allgemeinen Arbeitsrechtes.

6. Da die Gage des Musikers das Entgelt für seine Arbeitsleistung darstellt, so würde an sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Unmöglichkeitslehre unter den Voraussetzungen der §§ 323 ff. BGB.

---

[66]) § 3 des Lohnabkommens zwischen dem Verband Berliner Bühnenleiter und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Berlin, z. B.

[67]) Vgl. z. B. § 12 des Tarifvertrages für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg e. V. und der Ortsverwaltung Berlin des Deutschen Musiker-Verbandes vom 23. September 1929.

[68]) über die Neuregelung durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vgl. oben § 4 I 1 a. E.

[69]) Vgl. Kaskel-Dersch S. 97; Heinitz in JW. 1932 S. 3423 ff.; RAG. in BenshSamml. Bd. 12 S. 300; 13 S. 77; 14 S. 433; 15 S. 450 und dazu Nipperdey Anm. in BenshSamml. Bd. 15 S. 452.

[70]) Verwirkung bedeutet eine kraft Gesetzes eintretende Rechtsminderung infolge untätigen Verhaltens des Berechtigten. Vgl. Enneccerus-Lehmann S. 19 f.; Staudinger-Werner, Einleitung C VI vor §§ 362 ff. BGB. (S. 656) mit weiteren Angaben; Siebert in JW. 1932 S. 942, 2384 ff. Auf dem Gebiete des Arbeitsrechts ist die Hauptfrage, ob die nachträgliche Geltendmachung einer Forderung trotz Zeitablaufs noch zulässig sein soll. Vgl. Dersch in BenshSamml. Bd. 15 S. 50 f. Anm. zu RAG. vom 23. Februar 1932 (RAG. 543/31).

[71]) RAG. in BenshSamml. 13/77.

mit der Nichtleistung der Arbeit auch der Anspruch auf die Gage entfallen.

Dieser Grundsatz [72]) setzt indes normale Verhältnisse voraus und erleidet in einer Reihe von Fällen Ausnahmen, die am zweckmäßigsten unter den allgemeinen Gesichtspunkten:

a) Leistungsverzug des Musikers,

b) Annahmeverzug des Arbeitgebers,

c) Betriebsrisiko

erörtert werden.

a) Gerät der Musiker mit der Leistung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit in Verzug, so entfällt, wenn die Verhinderung von ihm verschuldet ist, sein Gagenanspruch bereits nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 275, 325 BGB.

Er verliert aber gleichfalls seinen Gagenanspruch, wenn seine Arbeitsleistung nach Abschluß des Arbeitsvertrages infolge eines weder von ihm noch dem Arbeitgeber zu vertretenden Umstandes unmöglich wird (§ 323 Abs. 1 BGB.), wenn er z. B. unverschuldet vor Antritt des Engagements erkrankt und es deshalb nicht antreten kann.

Von diesem Grundsatz gilt jedoch eine wichtige Ausnahme nach § 616 BGB.

Ist der Musiker nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so verbleibt ihm in gewissen Grenzen sein Gagenanspruch.

Eine ähnliche Regelung findet sich für die Musiker, die als technische Angestellte im Sinne der Gewerbeordnung anzusehen sind, in § 133 c Abs. 1 Ziff. 4 in Verbindung mit Abs. 2 GewO. [73]).

Beide Vorschriften setzen eine in der Person des Musikers selbst begründete Arbeitsverhinderung voraus. Hauptfall ist Krankheit oder Unfall des Musikers [74]). Dagegen entfallen rein objektive Leistungshindernisse wie Krieg, Landestrauer und allgemeines Einreiseverbot.

Der Verschuldensbegriff beider Vorschriften wird von der herrschenden Meinung [75]) mehr in das Gebiet der Moral verlegt und abweichend von dem Verschuldensbegriff des § 276 BGB. [76]) als „unverständliches, leichtfertiges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten" formuliert [77]).

---

[72]) Staudinger-Nipperdey Bem. VIII 9 zu § 611 BGB.

[73]) Vgl. unten III 3 b.

[74]) Staudinger-Nipperdey Bem. III 1 zu § 616 BGB.; Kaskel-Dersch S. 186; Hueck-Nipperdey I S. 220.

[75]) Planck Bem. 2 b; Oertmann Bem. 1 c zu § 616 BGB.; Hueck-Nipperdey I S. 221; RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 206. A. M. Staudinger-Nipperdey Bem. III 2 zu § 616 BGB.; Kaskel-Dersch S. 186; Lotmar II S. 180 ff.; Baum, ArbVertr. S. 49.

[76]) So Staudinger-Nipperdey Bem. III 2 b zu § 616 BGB.

[77]) Hueck-Nipperdey I S. 221.

Die Frage, was unter einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" zu verstehen ist, wird im Arbeitsvertragsrecht des Musikers meist durch die Bestimmungen der Tarifverträge geregelt. Sie sind, soweit es sich hier um Angestellte handelt, für den Erkrankungsfall auch nach § 616 Abs. 2 BGB. zulässig[78]).

Als Maßstab wird die ununterbrochene Beschäftigungsdauer des Musikers im Betriebe angewandt. So sieht z. B. der Bezirkstarifvertrag zwischen dem Landesverband der Lichtspieltheaterbesitzer von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und der Bezirksleitung Süd des Deutschen Musiker-Verbandes als nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616 BGB. bei einer ununterbrochenen Beschäftigungsdauer in den Tarifbetrieben bis zu 1 Jahr: 7, von 1—2 Jahren: 10, von über 2 Jahren 14 Tage an[79]).

Die Tarifverträge enthalten daneben noch die Bestimmung, daß, wenn eine Dienstverhinderung in einem sechsmonatigen Zeitraum mehr als zweimal eintritt, für die weiteren Behinderungsfälle der Anspruch auf Entlohnung innerhalb des sechsmonatlichen Zeitraums entfällt[80]).

Diese Bestimmungen sind jedoch, soweit sie sich auf den Krankheitsbefall beziehen, nach dem durch die NotVO. vom 5. Juni 1931 (RGBl. I S. 279, 281) neu geschaffenen § 616 Abs. 2 BGB. nicht mehr zulässig.

Denn der Anspruch eines Angestellten im Sinne des § 1 Abs. 1, 2 AVG. auf Vergütung kann danach für den Krankheitsfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Angestellte im Sinne dieser Vorschrift sind auch die Musiker, da auf sie das Angestelltenversicherungsgesetz ohne Rücksicht auf den Kunstwert ihrer Leistungen Anwendung findet (§ 1 Abs. 1 Ziff. 5 AVG.).

b) Annahmeverzug des Arbeitgebers.

Gerät der Arbeitgeber mit der Annahme der ihm angebotenen Arbeitsleistung in Verzug, so kann der Musiker für die infolge des Verzuges nicht geleistete Arbeit die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Unter gewissen Voraussetzungen besteht für den Musiker eine Anrechnungspflicht (§ 615 BGB.).

---

[78]) Vgl. Dersch in JW. 1932 S. 3418 ff.

[79]) Vgl. noch § 13 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband Sachsen-Anhalt im Bunde der Saal- und Konzertlokalinhaber Deutschlands und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg, vom 29. November 1929; § 9 des Tarifvertrages für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg e. V. und der Ortsverwaltung Berlin des Deutschen Musiker-Verbandes vom 23. September 1929. — Greifen tarifliche Vorschriften nicht ein, entscheidet bei der Beurteilung das Verhältnis zwischen der Dauer der Verhinderung und der Dauer der bisherigen Beschäftigung. Kaskel-Dersch S. 186; Hueck-Nipperdey I S. 221.

[80]) Vgl. § 11 Abs. 2 des Tarifvertrages zwischen der „Ufa" und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West vom 3. Juni 1926; § 9 Abs. 2 des vorhergenannten Tarifvertrages für Kinomusiker.

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers entsteht, wenn er die vom Musiker ordnungsmäßig angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB.). Irgendein Verschulden des Arbeitgebers ist nicht erforderlich.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind: Angebot der Leistung durch den Musiker, Möglichkeit der Leistung des Musikers und Nichtannahme der Dienste durch den Arbeitgeber.

Eine nähere Regelung, insbesondere ein Ausschluß des Annahmeverzuges, wie er z. B. nach § 3 des Normalvertrages für Schauspieler üblich ist[81]), fehlt im Arbeitsvertragsrecht des Musikers. Hier gilt vielmehr für die Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges allgemeines bürgerliches Recht, so daß es hier einer eingehenden Darstellung nicht bedarf.

c) Betriebsrisiko[82]).

Besonders umstritten ist die Frage, inwieweit der Lohn zu zahlen ist, wenn wider Willen des Arbeitgebers eine gänzliche oder teilweise Stillegung des Betriebes notwendig und infolgedessen die Arbeit nicht geleistet wird. Für das Arbeitsvertragsrecht des Musikers kommen vor allem die Fälle in Betracht, in denen eine Tätigkeit der Musiker durch ungünstige Witterung, unvorhergesehene behördliche Spiel- und Tanzverbote, Beleuchtungsstörungen und dergleichen gehindert wird.

Vielfach erfolgt im Arbeitsvertragsrecht des Musikers die Verteilung dieses sog. Betriebsrisikos im Wege des Tarifvertrages.

Soweit dessen Bestimmungen aber nicht eingreifen, kommt das allgemeine Arbeitsrecht zur Anwendung, auf das gleichzeitig zum Verständnis der abweichenden tarifvertraglichen Regelung kurz eingegangen sei.

Die in der Literatur vertretenen Auffassungen gehen im wesentlichen von den in den §§ 323, 615 BGB. gegebenen Vorschriften aus.

Lotmar[83]) und ihm folgend Nipperdey[84]) nehmen generell Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und demgemäß Verlust des Lohnanspruchs nach § 323 BGB. an, Oertmann[85]), Dersch[86]) und andere[87]) Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 BGB.), da nicht

---

81) Dienstag S. 93.

82) Hueck-Nipperdey I S. 227 ff. mit weiteren Angaben Kaskel-Dersch S. 188 ff.; Oertmann S. 168 ff. und LZ. 1927 Sp. 1177; Enneccerus-Lehmann S. 524 ff.; Sinzheimer S. 189 ff.; Nikisch S. 75; Lotmar II S. 281 ff.; Gierke DPrR. II S. 618; RGRKomm. Bem. 2; Staudinger-Nipperdey Bem. 2 II b zu § 615 BGB.; Entwurf § 76 und dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 159.

83) Lotmar II S. 282.

84) Staudinger-Nipperdey Bem. II 2 b zu § 615 BGB.

85) Oertmann S. 168 ff.; LZ. 1927 Sp. 1177, insbes. 1184.

86) Kaskel-Dersch S. 189.

87) Staudinger-Werner Bem. 2 zu § 297 BGB.; Nikisch S. 75; Titze JW. 1922 S. 548.

die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, sondern nur die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unmöglich sei [88]).

In der Rechtsprechung neigt das Reichsarbeitsgericht, ausgehend von dem Gedanken der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft [89]), der Auffassung zu, jeder Teil habe abweichend von den Vorschriften des BGB. (§§ 323, 615) nicht nur für sein Verschulden einzustehen, sondern auch für alle Umstände, die in seinen Gefahrenkreis fielen (Sphärentheorie). Von dem Arbeitgeber seien die Ereignisse zu vertreten, die die Führung des Betriebes beträfen. Er habe also für die Beschaffung ausreichender Betriebsstoffe und für Betriebsstörungen einzustehen, die er ihres häufigeren Vorkommens wegen von vorneherein in Rechnung stellen könne, wie Regen und Frost. Ereignisse dagegen, die den Bestand des Betriebes beeinträchtigten, wie Abbrennen der Betriebsstätte oder fremde Gewalt, müßten die Arbeitnehmer mittragen; gleiches müsse gelten, wenn die Betriebsstörung derartige Ausmaße annehme, daß der Betrieb nicht mehr in der Lage sei, die wirtschaftlichen Nachteile zu tragen [90]) [91]).

Die in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen vermögen jedoch oft den besonderen Interessen der Musiker und deren Arbeitgeber nicht gerecht zu werden.

Dies gilt vor allem von dem so häufigen Fall, daß ein Gartenlokal, in dem Musiker zur Darbietung von Konzerten, Unterhaltungs- und Tanzmusik beschäftigt werden, infolge Regens nicht geöffnet werden kann.

Nach der vom Reichsarbeitsgericht vertretenen Sphärentheorie, die in derartigen Fällen das Betriebsrisiko dem Arbeitgeber auferlegt, und der in der Literatur von Oertmann vertretenen Ansicht, die den Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten läßt, müßte der Arbeitgeber die vertraglich vereinbarte Gage zahlen, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten. Bei längeren Regenperioden und dem Ausfall jeglicher Einnahmen würde dies zu seinem wirtschaftlichen Ruin führen müssen.

Andererseits wäre es ungerecht, das Risiko ungünstiger Witterung den Musikern allein aufzubürden und von ihnen als den wirtschaftlich Schwächeren Arbeitsbereitschaft ohne Entgelt zu fordern.

Die Tarifverträge sehen deshalb zum Ausgleich dieser Härten für die Fälle ungünstiger Witterung sog. „Regenklauseln" vor.

Nach den zwischen dem Bund der Saal- und Konzertlokalinhaber Deutschlands und dem Deutschen Musiker-Verband abgeschlossenen Tarifverträgen ist dem Arbeitgeber die Möglichkeit gewährt, Garten-

---

88) Über die Ansicht von Kaskel vgl. Kaskel S. 130.

89) RGZ. Bd. 106 S. 272 ff.; vgl. auch Bd. 113 S. 89.

90) Enneccerus-Lehmann S. 524 ff.; RAG. BenshSamml. Bd. 3 S. 116 ff.; Bd. 4 S. 249; Bd. 5 S. 32, 34, 38, 41, 110; Bd. 6 S. 103, 260, 441; Bd. 8 S. 407; Bd. 11 S. 345.

91) Vgl. noch Dersch in DAR. 1933 S. 9 ff.; Hueck in DAR. 1933 S. 80 ff.

konzerte bei Regenwetter bis zu einer bestimmten Zeit vor Beginn des Konzertes abzubestellen oder wenigstens die Arbeitszeit und die Gagen zu kürzen. Im Falle der Abbestellung des Konzerts ist der Kapelle ein bestimmter Hundertsatz der sonst von ihr verdienten Gage zur Deckung ihrer Unkosten zu zahlen, außerdem wird in den Tarifverträgen meist auch die Nachholung des Konzerts an dienstfreien Tagen der Kapelle verlangt[92]).

Oft enthalten die Tarifverträge auch Bestimmungen für den Fall der Stillegung des Betriebes durch polizeiliche oder sonstige behördliche oder staatliche Maßnahmen, und entheben den Arbeitgeber der Zahlung des Lohnes für die Dauer des Spielverbots[93]).

III. Nebenpflichten des Arbeitgebers.

1. Die Beschäftigungspflicht.

Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschäftigung und ein entsprechendes Recht des Arbeitnehmers auf Beschäftigung besteht regelmäßig nicht[94]). Der Arbeitgeber, der die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annimmt, gerät nur in Annahmeverzug und ist nach § 615 BGB. zur Zahlung des Arbeitslohnes verpflichtet. Dieser Grundsatz gilt auch für den Musiker.

Zwar kann abweichend hiervon das Recht auf Beschäftigung in Arbeits- oder Tarifverträgen ausdrücklich vertraglich ausbedungen werden. Für Bühnenschauspieler ist dies in § 6 des Normalvertrages geschehen, nach dem „der Unternehmer die Dienste des Mitglieds abzunehmen und das Mitglied angemessen zu beschäftigen hat"[95]). Für Musiker fehlt jedoch eine entsprechende Regelung in Tarif- oder Normalverträgen ganz und wird auch in den Arbeitsverträgen nicht vereinbart.

Eine weitere Ausnahme würde gelten, wenn ein besonderes ideelles oder materielles Interesse an der Beschäftigung bestünde und dieses dem Arbeitgeber bei Abschluß des Arbeitsvertrages bekannt oder erkennbar wäre. Dann wäre ein Recht auf Beschäftigung bei Aus-

---

[92]) Vgl. z. B. § 8 Ziff. 6 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband Sachsen-Anhalt im Bunde der Saal- und Konzertlokalinhaber Deutschlands und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg, vom 29. November 1929.

[93]) Vgl. § 14 des Tarifvertrages für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg e. V. und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Berlin, vom 23. September 1929.

[94]) Kaskel-Dersch S. 214 ff.; Hueck-Nipperdey I S. 255; Oertmann S. 137; Nikisch S. 80 f.; Enneccerus-Lehmann S. 519 f.; Lotmar II S. 241 ff., 261 ff.; Franke in NZfA. 1924/547, 1925/646 ff.; Bewer NZfA. 1921/29 ff.; Ders. in LZ. 1924 Sp. 97 f.; Staudinger-Nipperdey Bem. IX; Planck Bem. 5 a; RGRKomm. Bem. 3 zu § 611 BGB.; RGZ. Bd. 106 S. 274; RAG. in BenshSamml. Bd. 1 S. 69; Bd. 6 S. 618. Der Entwurf sieht in § 46 ein Recht auf Beschäftigung bereits bei besonderem Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung vor. Vgl. dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 144.

[95]) Dienstag S. 134.

legung des Vertrages nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB.) als von den Parteien stillschweigend gewollt anzusehen. Bisher ist aber ein derartiges materielles oder ideelles Interesse nur für Bühnen- und Filmschauspieler [96]), Redakteure [97]) und gewisse leitende Angestellte, dagegen noch nicht generell für Musiker anerkannt worden. Hier wird es nur Solisten und Kapellen von Ruf zu gewähren sein.

2. Urlaub [98]).

Urlaub ist vorübergehender Verzicht des Arbeitgebers auf die Dienste des Arbeitnehmers [99]). Von dem sog. „Aussetzen der Arbeit" unterscheidet er sich schon dadurch, daß jenes jedenfalls nicht bezahlt wird.

Der Urlaubsanspruch umfaßt also zweierlei: Zunächst den Anspruch auf Gewährung freier Zeit und sodann den hiervon unabhängigen Anspruch auf Zahlung des Lohnes für die Freizeit [100]).

a) Hinsichtlich der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung des Urlaubs gelten auch für die Musiker die allgemeinen Bestimmungen. Sie besteht vor allem nach Art. 160 RVerf. zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit der Betrieb dadurch nicht erheblich geschädigt wird, auch zur Ausübung öffentlicher Ehrenämter [101]).

Die Dauer des Urlaubs richtet sich nach Maßgabe der hierfür erforderlichen Zeit, die Verpflichtung zur Zahlung des Lohnes während der Dauer des Urlaubs nach den hierfür in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen (§§ 35 BRG., 139 RVO., 26 AGG., 20 AVAVG.), hilfsweise nach § 616 BGB.

b) Von weit größerer Bedeutung ist im Arbeitsvertragsrecht des Musikers die in Tarif- und Normalverträgen vereinbarte vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Urlaub [102]) [103]).

---

[96]) Dienstag S. 134 ff.; Finkelstein S. 35 ff.

[97]) Staudinger-Nipperdey Bem. IX zu § 611 BGB.; Kaskel-Dersch S. 215.

[98]) Schlüter-Wallichs, Deutsches und ausländisches Urlaubsrecht. Hueck-Nipperdey I S. 267 ff. mit weiteren Angaben; Kaskel-Dersch S. 216 ff.; Oertmann S. 126 ff.; Enneccerus-Lehmann S. 520 f.; Nikisch S. 81 ff.; Ders. „Der Urlaub des Arbeitnehmers" in NZfA. 1928 Sp. 134 ff.; Staudinger-Nipperdey Bem. XII zu § 611 BGB.; Molitor-Hueck-Riezler S. 166 ff.; Entwurf §§ 93 ff.; RAG.-Kartei VI 7.

[99]) Nikisch S. 81. Ähnlich Hueck-Nipperdey I S. 267.

[100]) RAG. in BenshSamml. Bd. 1 S. 66; Bd. 5 S. 43, 523; Bd. 6 S. 368; Bd. 7 S. 546. Vgl. auch RAG.-Kartei unter VI 7; Kaskel-Dersch S. 216.

[101]) Ein weiterer gesetzlicher Anspruch besteht nach § 629 BGB. Vgl. auch Anschütz Bem. 1 und 2 zu Art. 160 RVerf.

[102]) Vereinbarungen in Einzelarbeitsverträgen sind selten. Zur Übersicht für die tarifvertragliche Regelung: Tarifheft des Deutschen Musiker-Verbandes für Gruppe II B (Ensemble).

[103]) Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers, der bisher, abgesehen von den unter a genannten Fällen, nur auf Vereinbarung beruhte, soll nunmehr allgemein gesetzlich festgelegt werden.

Hierbei ist zwischen der Entstehung, der Fälligkeit und der Erteilung des Urlaubs zu unterscheiden:

aa) Der Urlaubsanspruch — im Zweifel ein höchst persönlicher Anspruch [104]) — entsteht nach den tarifvertraglichen Bestimmungen erst nach Erfüllung gewisser Voraussetzungen seitens des Musikers: entweder, daß er während einer bestimmten Wartezeit oder an einem Stichtage bei dem Arbeitgeber beschäftigt war.

So verlangt z. B. § 8 des Vertrages für Kinomusiker [105]) eine ununterbrochene Beschäftigung von mindestens einem Jahr im gleichen Betriebe oder bei dem gleichen Arbeitgeber und setzt als Stichtag für die Beschäftigung den ersten Beschäftigungstag fest.

bb) Der Urlaubsanspruch wird fällig mit Beginn der für den Urlaub festgesetzten Zeit. Diese Zeit wird von dem Arbeitgeber nach billigem Ermessen (§ 315 BGB.) innerhalb der etwa vereinbarten Grenzen bestimmt. Eine derartige Vereinbarung erfolgt vor allem in den Saisonbetrieben und Saisongewerben. Dort werden als Zeitraum, innerhalb dessen der Urlaub zu gewähren ist, die stillen Monate gewählt: Die Tarifverträge für Kinomusiker [106]) sehen die Monate Anfang oder Mitte Mai bis Ende August, der Normalvertrag für Bühnenmusiker [107]) die Zeit nach Ablauf der Spielzeit vor.

cc) Die Dauer des Urlaubs bemißt sich nach der Dauer der Beschäftigung im Betriebe des Arbeitgebers. So sieht beispielsweise der Tarifvertrag zwischen der Ufa und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West [108]) bei einer ununterbrochenen Beschäftigungsdauer von 6 Monaten 7, von 12 Monaten und darüber 14 Tage Urlaub vor.

dd) Während der Urlaubszeit ist den Musikern nach den Tarif- und Normalverträgen die Ausübung irgendwelcher „Erwerbsarbeit" untersagt. Die Übertretung dieser Bestimmung gilt als Verletzung

---

In dem neuen von der Reichsregierung geplanten Rahmentarifgesetz wird eine zwingende Bestimmung des Inhalts enthalten sein, daß jeder deutsche Arbeiter nach einer gewissen (etwa halbjährigen) Wartezeit das in keiner Form abdingbare Recht und jeder deutsche oder in Deutschland tätige Arbeitgeber die ebenso unabdingbare Pflicht zur Urlaubsgewährung hat.

Die bedingungslose Durchführung dieser Bestimmung wird durch Strafandrohung für beide Teile erzwungen werden. Vgl. die 4. Ausgabe des „Völkischen Beobachters" vom 4. Januar 1934 (Berliner Ausgabe).

104) Hueck-Nipperdey I S. 273; RAG. in BenshSamml. Bd. 11 S. 501.

105) zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg e. V. und der Ortsverwaltung Berlin des Deutschen Musiker-Verbandes vom 23. September 1929. Vgl. auch § 10 des Tarifvertrages zwischen der Ufa und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West, vom 3. Juni 1926, § 6 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband der Lichtspieltheater von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung Süd.

106) Vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierten Tarifverträge.

107) § 16 des Tarifvertrags zwischen dem Berliner Bühnen-Verein und dem Deutschen Musiker-Verein vom 10. August 1928.

108) § 10 Abs. 2.

der Pflichten aus dem Arbeitsvertrage und zieht eine Vertragsstrafe nach sich oder kann zur Aufhebung des Vertrages führen[109]).

ee) Die Erteilung des Urlaubs ist im Augenblick der Einigung zwischen Arbeitgeber und Musiker über den Wegfall der Arbeitspflicht während der Urlaubsdauer erfolgt. Der einmal erteilte Urlaub ist einseitig unwiderruflich[110]).

ff) Die Gewährung des Urlaubs erfolgt nach den Tarifverträgen unter Fortzahlung der vollen Bezüge.

Für den Fall, daß der Arbeitsvertrag endet, nachdem der Urlaubsanspruch entstanden war, aber bevor der Musiker den Urlaub erhalten hat, enthalten die Tarifverträge besondere Bestimmungen.

Meist wird vorgeschrieben, daß einem Musiker, der Anspruch auf Urlaub hat und dem vor Antritt seines Urlaubs gekündigt wird, der Urlaub anteilig zu gewähren oder durch den anteiligen Lohn abzugelten sei. Das gleiche muß auch bei Kündigung seitens des Musikers gelten.

Dagegen verlieren die Musiker — entsprechend der in § 100 Abs. 1 des Entwurfes getroffenen Regelung — den Anspruch auf Urlaub und Urlaubsabgeltung, wenn sie aus einem von ihnen verschuldeten Grunde fristlos entlassen werden[111]).

3. Fürsorgepflicht.

Die dem Arbeitgeber obliegende Fürsorgepflicht für den Musiker ist teils öffentlich-rechtlicher Natur und dann durch Zwang und Strafe geschützt, teils beruht sie auf privater Vertragspflicht.

a) Die öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht ist in § 120 a GewO. geregelt. Die Gewerbeunternehmer sind danach verpflichtet, die Arbeitsräume, Betriebsvorrichtungen, Maschinen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und den Betrieb so zu regeln, daß die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, als es die Natur des Betriebes gestattet.

Die zuständigen Polizeibehörden sind befugt, im Wege der Verfügung die erforderlichen Maßnahmen anzuordnen (§ 120 d GewO.). Zuwiderhandlungen werden nach § 147 Abs. 1 Ziff. 4 GewO. bestraft.

Diese Vorschrift ist aber nicht nur gewerbepolizeilicher Natur, son-

---

109) § 10 Abs. 3 a. a. O.; § 6 Abs. 6, 7 des Tarifvertrags zwischen dem Verband der Lichtspiel-Theaterbesitzer von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung Süd.

110) Hueck-Nipperdey I S. 270 mit weiteren Angaben.

111) § 10 Abs. 5, 6 des Tarifvertrages zwischen der Ufa und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West; § 8 des Tarifvertrages für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspiel-Theater Berlin-Brandenburg e. V. und der Ortsverwaltung Berlin des Deutschen Musiker-Verbandes. Abweichend § 12 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband Sachsen-Anhalt im Bunde der Saal- und Konzertlokalinhaber Deutschlands und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Magdeburg, wonach eine Abgeltung des Urlaubs nicht statthaft ist und im Falle der Kündigung des Musikers der Urlaub bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilt sein muß.

dern kann auch eine privatrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers begründen (§ 823 Abs. 2 BGB.)[112].

b) Die Anwendung der genannten Vorschriften hängt davon ab, ob die Musiker als „gewerbliche Arbeiter" im Sinne des Titels VII der Gewerbeordnung anzusehen sind.

Für die Unterstellung unter Titel VII der Gewerbeordnung ist maßgebend, ob der beschäftigende Betrieb und ferner, ob die Dienstleistung in den Rahmen dieses gewerblichen Betriebes gehört[113].

Die Verwaltungs-[114] und Rechtsübung[115] stellt es vor allem auf den Kunstwert der Leistungen ab.

Hiernach werden Musiker zu den gewerblichen Arbeitern gerechnet, wenn sie in Kapellen, Aufführungen und Vorstellungen wirken, die des höheren Kunstinteresses entbehren und deshalb als der Gewerbeordnung unterstehende Betriebe anzusehen sind. Werden besondere Anforderungen an die Ausbildung und Vielseitigkeit der Musiker gestellt, so sind sie als „gewerbliche Angestellte" im Sinne des § 133a GewO. anzusehen. Dies gilt nicht nur für Kinomusiker allein[116], sondern gleichmäßig auch für die Musiker anderer Gewerbezweige, in denen musikalische Vorstellungen ohne höheres Kunstinteresse gegeben werden[117].

---

[112] Hoffmann GewO. Anm. 5 zu § 120a GewO. § 120a GewO. ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.; Staudinger-Kober Bem. III A 2 zu § 823 BGB.; OLG. Kassel in OLG. 20 279. Vgl. auch unter c.

[113] Dersch, Rechtsgutachten; Franke in ArbRspr. 1930 S. 178f. und 1931 S. 63; HWBdR. Art. „Musikrecht"; Hiller-Luppe GewO. S. 285; Landmann-Rohmer II 2 S. 224f.; Potthoff, Musiker als technische Angestellte in ArbR. 1929 Sp. 307ff., 1930 Sp. 305ff.; DMZ. 1929 S. 176ff.; Ders., Musiker sind Angestellte. Sonderdruck der DMZ. u. DMZ. 1930 S. 960. 1931 S. 91f., S. 140; Ders., Sind Musiker Angestellte? in DMZ. 1930 S. 22 und Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtskammern für Musiker in DMZ. 1930 S. 315; Rustmeier S. 65ff.; Schminke-Sell Bem. 5 zu § 5 AGG. Vgl. auch DMZ. 1931 S. 658; Flatow-Kahn-Freund Bem. 1 Ziff. 5 zu § 12 BRG.; Goldschmit Bem. 10 zu § 1 KSchG.; Nikisch in JW. 1931 S. 1644. Kinomusiker speziell Dienstag-Elster, Handbuch S. 480; Franke, Kinomusiker als Angestellte: Deutsches Filmrecht, Beilage zum „Kinematograph" vom 14. Februar 1931; Treitel, Die Rechtsstellung des Kinokapellmeisters in DMZ. 1930 S. 179; vgl. auch DMZ. 1929 S. 959f.

[114] PrOVG. bei Reger Bd. 20 S. 434; Bd. 26 S. 381; Bd. 33 S. 246. Vgl. auch Hiller-Luppe GewO. S. 285; Hoffmann GewO. S. 391, 459; Landmann-Rohmer GewO. II 2 S. 224.

[115] GewGer. Berlin vom 12. März 1906 (Aus der Praxis der GewGer. Bln. S. 324); GewGer. Charlottenburg vom 16. Juni 1908 (Handb. f. Gew. u. Kaufmannsger. S. 46ff. II. Teil); zuletzt LAG. Berlin vom 6. Dezember 1929 in ArbRspr. 1930/177, bei Ruben Nr. 115; RAG. BenshSamml. 11/174; a. M. LG. I Berlin vom 25. Mai 1894; GewGer. Berlin vom 26. Februar 1894 (beide bei Unger S. 187ff.). Weitere Angaben bei Franke ArbRspr. 1930 S. 179.

[116] ArbGer. Karlsruhe vom 12. November 1929; ArbGer. 1930 Sp. 11ff.; RAG. BenshSamml. Bd. 11 S. 174.

[117] LAG. Frankfurt a. M. vom 21. Juni 1928; ArbGer. 1928 Sp. 474; LAG. Berlin vom 12. Februar 1932 (101 a S 3089. 31) bei Ruben Nr. 110;

Vor allem werden die Dirigenten der Kapellen und die selbständig tätigen Musikillustratoren als „gewerbliche Angestellte" zu betrachten sein, da sie gerade besonderes Kunstverständnis und Geschmack zur Auswahl entsprechender Musikstücke besitzen und über Kenntnisse in der Harmonielehre verfügen werden.

Das Landesarbeitsgericht Berlin[118]) billigte den Kapellmeistern, die eine leitende Stellung gegenüber anderen Kapellenmitgliedern einnehmen — also nicht den Leitern, die zugleich die erste Geige spielen — und denen eine bestimmte Direktionsgewalt zusteht, die Eigenschaft als gewerbliche Angestellte und zwar ohne Rücksicht auf die Größe der Kapelle zu, weil eine noch so kleine Kapelle doch eine Betriebsabteilung im Sinne des § 133 a GewO. darstelle.

Die Kapelle regelmäßig als Betriebsabteilung anzusehen, erscheint jedoch bedenklich; denn meist wird sich ihre Tätigkeit so in die ganze Vorführung und Veranstaltung einfügen, daß der Wirkungskreis der Kapelle sich betriebstechnisch gegenüber den anderen Zweigen des Betriebes nicht als ein in sich geschlossenes Ganzes genügend abhebt[119]).

Diesen Schwierigkeiten, die ihre Ursache in der veralteten Fassung der Gesetze, insbesondere der Gewerbeordnung, haben, scheint das Reichsarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 16. Mai 1931[120]) dadurch ein Ende bereiten zu wollen, daß es den Kreis der unter die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB. fallenden Musiker erweitern will.

Auf die an künstlerischen Orchestern in Theatern und Konzerten tätigen Musiker finden die Vorschriften der Gewerbeordnung keine Anwendung; denn ihre Leistungen bewegen sich auf dem Gebiete der höheren Kunst und bieten einen eigenen musikalischen Genuß[121]).

c) Neben und unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Staat besteht eine allgemeine das ganze Arbeitsverhältnis umfassende vertragliche Fürsorgepflicht gegenüber dem Musiker (§ 618 BGB.), die unabdingbar ist (§ 619 BGB.)[122]).

LAG. Berlin vom 10. März 1932 (106 S 378. 32); DMZ. 1932 S. 190; vgl. auch Franke in ArbRspr. 1931 S. 63 und DMZ. 1931 S. 307.

[118]) Urt. vom 6. Dezember 1929 = ArbRspr. 1930 S. 177. Vgl. auch RAG. in Samml. Verein. 1933 S. 187.

[119]) Vgl. vor allem hierzu Franke in ArbRspr. 1930 S. 179, der die Kapellmeister in Filmbetrieben in der Regel nicht als Leiter einer Betriebsabteilung angesehen wissen will, und Treitel DMZ. 1930 S. 179, der sich gegen die unterschiedliche Behandlung der „ersten Geiger" wendet.

[120]) BenshSamml. Bd. 12 S. 262. Näheres siehe auch § 6 II 1 b.

[121]) RGZ. 17/86; 37/66; 41/55. Vgl. auch RAG. in BenshSamml. Bd. 12 S. 262; Franke ArbRspr. 1930 S. 179; Potthoff in DMZ. 1929 S. 176, 1930 S. 22.

[122]) Die private Vertragspflicht kann also unabhängig von der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht im Prozeßwege eingeklagt werden. Vgl. Kaskel-Dersch S. 213; Oertmann S. 201; Nipperdey RG.-Festschr. IV S. 222; Staudinger-Nipperdey Bem. IV 1 zu § 618 BGB.; a. M. Hueck-Nipperdey I S. 262; Planck Anm. 5 b zu § 611 BGB.; Rüme-

Inhalt dieser Pflicht ist, daß der Arbeitgeber Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und die Arbeitsleistungen, die unter seiner Anordnung und Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln hat, daß der Musiker gegen Gefahr für Leben und Gesundheit in den Grenzen des Möglichen geschützt ist.

In Betracht kommen einerseits besondere Vorschriften für den einzelnen Fall, andererseits Dienstvorschriften allgemeiner Art[123]).

Der Umfang der Fürsorgepflicht ist positiv und negativ abgegrenzt. Positiv wird eine Erfüllung der Fürsorgepflicht derart verlangt, daß der Musiker gegen Gefahren für Leben und Gesundheit geschützt ist; maßgebend ist hierbei die Anschauung eines „gesunden und regelrechten Verkehrs"[124]).

Negativ ist die Fürsorgepflicht dadurch eingeschränkt, daß ein Schutz nur soweit verlangt werden kann, als die Natur der Arbeitsleistung es gestattet. Anforderungen, die das nach Treu und Glauben anzulegende Maß übersteigen oder nach der Natur der Dienste nicht möglich sind, sollen an den Arbeitgeber nicht gestellt werden. Die Grenzen bestimmen sich nach § 242 BGB., insbesondere nach der Verkehrssitte[125]).

Als zu schützende Güter bezeichnet § 618 Abs. I BGB. nur Leben und Gesundheit. Im Arbeitsvertragsrecht ist infolgedessen streitig geworden, ob und inwieweit sich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch auf die Vermögensgegenstände, also besonders auf das Eigentum des Arbeitnehmers, erstreckt. Die herrschende Meinung folgert aus § 242 BGB. eine Pflicht des Arbeitgebers, für die Erhaltung der von dem Arbeitnehmer berechtigterweise mit zur Arbeit gebrachten Gegenstände zu sorgen[126]).

Dementsprechende Vorschriften finden sich in den Tarifverträgen der Musiker[127]).

Der Musiker kann hiernach, wenn er in der Betriebsstätte des Arbeitgebers tätig ist, verlangen, daß ihm hinreichend gegen Diebstahl gesicherte Räume und Behältnisse zur Aufbewahrung seiner Instrumente und Kleider — gegebenenfalls auch zur Einstellung von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern — zur Verfügung gestellt werden.

---

lin S. 263; Nikisch JheringsJ. Bd. 80 S. 108. Der Entwurf kennt keine allgemeinen Vorschriften über die Fürsorgepflicht. Vgl. Molitor-Hueck-Riezler S. 171 f.

[123]) Hierbei sind die §§ 66 Ziff. 5, 78 Ziff. 3 BRG. zu beachten.

[124]) Staudinger-Nipperdey Bem. II 3 zu § 618 BGB.

[125]) Staudinger-Nipperdey a. a. O.; Hueck-Nipperdey I S. 261.

[126]) Hueck-Nipperdey I S. 261/2; Kaskel-Dersch S. 213; Staudinger-Nipperdey Bem. II 4 zu § 618 BGB. Über die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes vgl. Hueck-Nipperdey a. a. O. und unten.

[127]) § 10 des Bez.-Tarifvertrages zwischen dem Landesverband der Lichtspieltheater von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung Süd z. B.

Eine Gefährdungshaftung, wie etwa nach §§ 701 ff. BGB., besteht aber seitens des Arbeitgebers nicht; er haftet nur für sein und seiner Erfüllungsgehilfen Verschulden (§ 278 BGB.), hier aber regelmäßig für jede Fahrlässigkeit[128]).

Hierin liegt ein gewisses Risiko für den Musiker; denn wenn es an einem Verschulden des Arbeitgebers oder seiner Erfüllungsgehilfen fehlt, hat er den Schaden, der ihm durch Verlust oder Beschädigung seines Eigentums entsteht, allein zu tragen. Andererseits kann ihm nicht zugemutet werden, seine Instrumente und Garderobe täglich, vielleicht sogar mehrmals, von seiner Wohnung nach der Arbeitsstätte und umgekehrt hinzuschaffen. Die Tarifverträge versuchen die sich ergebenden Schwierigkeiten dadurch zu vermindern, daß sie dem Arbeitgeber eine Versicherungspflicht für die in seinem Betriebe verbleibenden Instrumente und Noten der Musiker auferlegen[129]).

Auf Erfüllung dieser Pflichten steht dem Musiker ein klagbarer Anspruch zu, vor allem aber bei schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht ein Schadensersatzanspruch. Dieser ist an sich ein vertraglicher Anspruch des Musikers gegenüber dem Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrage; sein Umfang bestimmt sich aber gemäß § 618 Abs. 3 BGB. nicht nach Vertragsrecht, sondern nach den für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 BGB.[130]).

Eine wesentliche Einschränkung erfahren diese Vorschriften durch die Regelung der Reichsversicherungsordnung. Nach § 537 Abs. 1 Ziff. 4 d RVO. unterliegen den Vorschriften über die Unfallversicherung „der Betrieb der Musikaufführungen ohne Rücksicht auf den Kunstwert der Leistungen und die Rundfunksendebetriebe"[131]).

Ist der Schaden durch einen Betriebsunfall im Sinne der §§ 544, 546 RVO. verursacht worden, so haftet der Arbeitgeber auf Schadensersatz nur, wenn strafgerichtlich festgestellt worden ist, daß er den Unfall vorsätzlich[132]) herbeigeführt hat. Aber auch dann kann der

---

[128]) Hueck-Nipperdey I S. 262; Staudinger-Nipperdey Bem. II 4 zu § 618 BGB.; RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 370; 7 S. 483; 10 S. 30; 12 S. 81; 14 S. 339. LAG. Berlin vom 11. und 22. November 1929 (106 S 2086. 29; 105 S 2085. 29), vom 11. September 1931 (101 b S 959. 31) bei Ruben Nr. 1014—1016. Entwurf: § 90. Vgl. dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 166.

[129]) Vgl. z. B. § 12 Abs. 3 des Tarifvertrages für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg e. V. Berlin und dem Deutschen Musiker-Verband, Ortsverwaltung Berlin. § 13 des Tarifvertrages zwischen der Ufa und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West. § 6 des Normalvertrages zwischen dem Deutschen Bühnenverein und dem Deutschen Musiker-Verband vom 10. August 1928 begründet sogar eine Ersatzpflicht des Arbeitgebers außer bei Verlust oder Beschädigung durch Verschulden des Musikers.

[130]) Sie umfaßt also nur den Vermögensschaden, da § 847 in § 618 BGB. ausdrücklich nicht mitgenannt ist.

[131]) Vgl. hiezu DMZ. 1930 S. 158.

[132]) Wegen bloßer Fahrlässigkeit, auch grober Fahrlässigkeit, haftet also der Arbeitgeber dem Musiker nicht.

Musiker nur den Betrag ersetzt verlangen, um den der eingetretene Schaden die Entschädigung aus der Unfallversicherung übersteigt (§ 898 RVO.).

§ 6. Die Beendigung des Arbeitsvertrages.

I. Allgemeines.

Der Arbeitsvertrag des Musikers kann enden[133]):

1. Durch Ablauf der direkt oder indirekt bestimmten Vertragszeit (§ 620 BGB.). Sie gilt nicht als Kündigung.

2. Durch den Tod des Musikers stets.

3. Durch den Tod des Arbeitgebers nur dann, wenn keine Veränderung des Inhalts der Arbeitsleistung des Musikers eintritt[134]).

4. Im Falle der Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens kann, worauf bereits hingewiesen wurde, zweifelhaft sein, ob das nach besonderen individuellen und künstlerischen Gesichtspunkten ausgestaltete Arbeitsverhältnis des Musikers nicht wegen der notwendigen Veränderung der Beziehungen zwischen den Parteien erlischt[135]).

Die Tarifverträge sehen indes meist — wohl aus Zweckmäßigkeitserwägungen — vor, daß Verkauf oder Verpachtung eines Betriebes die laufenden Dienstverhältnisse nicht auflöst[136]).

5. Durch Aufhebungsvertrag. Er ist jederzeit möglich und unterliegt den allgemeinen Grundsätzen über Verträge, verlangt also übereinstimmende, auf Aufhebung des bestehenden Arbeitsvertrages gerichtete Erklärungen des Arbeitgebers und des Musikers[137]).

6. Durch Kündigung. Sie ist möglich als ordentliche nur bei unbefristeten, als außerordentliche dagegen auch bei auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverträgen, die sie dann vorzeitig beendet.

II. Die Kündigung insbesondere[138]).

Hierbei wird sich die Darstellung auf die gerade für den Arbeitsvertrag des Musikers bestehenden Besonderheiten beschränken und

---

133) Kaskel-Dersch S. 218 ff.; Hueck-Nipperdey I S. 296 ff.; Nikisch S. 83 f.; Lotmar I S. 568 f.; Staudinger-Nipperdey Vorb. II Planck Bem. I zu § 620 BGB.; Enneccerus-Lehmann S. 526 f. Vgl. auch Gierke DPrR. III S. 91 ff. Entwurf: §§ 142 ff.; dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 189 ff.

134) Vgl. oben § 5 I 2; Kaskel-Dersch S. 168, 219.

135) Vgl. oben § 5 I 2.

136) § 10 des Tarifvertrages zwischen dem Landesverband der Lichtspieltheaterbesitzer von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung Süd. Vgl. hierzu auch § 4 des Normalvertrages zwischen dem Deutschen Bühnenverein und dem Deutschen Musiker-Verband und § 22 des Tarifvertrages für das Varieté-, Kabarett- und Zirkusgewerbe.

137) Kaskel-Dersch S. 220; Hueck-Nipperdey I 297.

138) Über Kündigung und Kündigungsschutz in der Neuordnung des Arbeitsvertragsrechts; vgl. Nikisch in DAR. 1933 S. 141 ff.

das Allgemeine als dem bürgerlichen und allgemeinen Arbeitsrecht angehörig als bekannt voraussetzen können und deshalb nur anzudeuten brauchen.

1. Die ordentliche Kündigung setzt einen unbefristeten Arbeitsvertrag voraus. Er darf also weder auf bestimmte Zeit fest abgeschlossen sein, noch darf sich die Dauer des Arbeitsverhältnisses aus Beschaffenheit oder Zweck der zugesagten Arbeitsleistung ergeben [139], wie dies bei den gelegentlich beschäftigten Musikern der Fall ist. Die ordentliche Kündigung ist an die Einhaltung gewisser Kündigungszeiten sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Musiker geknüpft.

a) Grundsätzlich beruhen die Kündigungszeiten im Arbeitsvertragsrecht des Musikers auf vertraglicher Vereinbarung. Sie ist dem freien Ermessen der Vertragsparteien überlassen, dem allerdings durch § 624 BGB. und, soweit die Musiker als „technische Angestellte" anzusehen sind, durch die Bestimmung des § 133 aa GewO. gewisse gesetzliche Grenzen gezogen sind [140].

Innerhalb dieses Rahmens enthalten fast sämtliche Tarifverträge und Normalverträge der Musiker Bestimmungen über die Länge der Kündigungsfristen.

b) Fehlt es an einer Vereinbarung, so greifen die gesetzlichen Dispositionsvorschriften ein.

Soweit die Musiker zu den gewerblichen Arbeitern gerechnet werden, also, wie bereits ausgeführt [141], dann, wenn ihre Leistungen des höheren Kunstinteresses entbehren, gilt für sie die vierzehntägige, an keinen Termin gebundene Kündigung (§ 122 GewO.).

Gelten sie nach der Rechtsprechung [141] als technische Angestellte im Sinne des § 133 a GewO., dann ist nur eine Kündigung mit sechs Wochen Frist zum Quartalsschluß zulässig (§ 133 a GewO.).

Im übrigen sind die Bestimmungen der §§ 621 ff. BGB. maßgebend. Hierbei richtet sich die Kündigungszeit nach dem sog. lohnmessenden Zeitabschnitt (§ 621 BGB.).

Sind die Musiker, wie dies nach der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts z. B. für Orchesterleiter der Fall ist [142], als „höhere Angestellte" im Sinne des § 622 BGB. anzusehen, dann ist ohne Rücksicht auf die Lohnbemessung eine Kündigung nur mit sechswöchiger Frist zum Quartalsschluß zulässig.

c) Diese vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungszeiten können sich unter gewissen Voraussetzungen zugunsten der Musiker nach dem Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter (in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Januar 1923 — RGBl. I S. 58 —) und

---

[139] Hueck-Nipperdey I S. 309.
[140] Vgl. oben § 5 III 3 b.
[141] Vgl. oben § 5 III 3 b.
[142] RAG. BenshSamml. Bd. 12 S. 262.

dem Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 (RGBl. I S. 399)[143]) verlängern.

2. Die außerordentliche Kündigung ist regelmäßig an keine Frist gebunden, darf aber nur aus ganz bestimmten Gründen erfolgen und kann sowohl bei befristeten als auch bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen erklärt werden. Allerdings muß die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung im Vertrage vereinbart oder gesetzlich festgelegt sein.

a) Vertragliche Vereinbarungen sind äußerst selten. Der Tarifvertrag für das Varieté-, Kabarett- und Zirkusgewerbe enthält zwar in § 24 eine Sonderbestimmung über die „Berechtigung zur Vertragslösung". Diese greift jedoch auf die gesetzlich normierten Voraussetzungen zurück.

b) Die Kündigungsgründe sind im Gesetz verschieden geregelt.

Allgemeiner Kündigungsgrund ist jeder „wichtige Grund" (§§ 626 BGB., 133 b GewO.).

Für den Fall, daß Musiker von der Rechtsprechung noch zu den gewerblichen Arbeitern gezählt werden[144]), genügt jeder wichtige Grund, wenn das Arbeitsverhältnis auf mindestens 4 Wochen eingegangen oder eine längere als 14 tägige Kündigungsfrist vereinbart ist (§ 124 a GewO.).

Der Begriff des „wichtigen Grundes" ist durch das BGB. nicht näher bestimmt worden. Für den Arbeitsvertrag des Musikers läßt sich am zweckmäßigsten die in § 15 des Normalvertrages für Schauspieler gegebene Bestimmung verwenden, wonach „ein wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Vertrages jeder Umstand ist, auf Grund dessen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses einer Partei nicht mehr zugemutet werden kann; insbesondere Tätlichkeiten, erhebliche Beleidigungen, unsittliche Zumutungen, beharrliche Verweigerung oder schwere Vernachlässigung der Dienstleistung, wiederholte unpünktliche Zahlung der Vertragsvergütung".

Diese Bestimmung enthält zwar eine feste Grundlage für alle Momente, die als wichtiger Grund in Betracht kommen; es ist aber hierbei auch zu beachten, daß die Tatbestände im einzelnen außerordentlich verschieden gelagert sein können. Das Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht fordern deshalb eine Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls[145]) und sehen die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, als Tatfrage an, die als solche nur insoweit der Nachprüfung in der Revisionsinstanz unterliegt, als der Begriff des wichtigen Grundes rechtlich verkannt ist[146]). So wird bei der Beur-

---

[143]) Nach § 1 KSchG. i. V. mit § 1 AVG. gelten die Musiker ohne Rücksicht auf den Kunstwert ihrer Leistungen als Angestellte im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes.

[144]) Vgl. oben § 5 III 3 b.

[145]) Vgl. RGZ. Bd. 94 S. 166.

[146]) Vgl. die bei Dienstag S. 146 Anm. 2 angegebene Rechtsprechung und neuerdings RAG. in Samml. Verein. 1933 S. 9 und 89.

teilung der Wichtigkeit eines Aufhebungsgrundes unter Umständen ein anderer Maßstab anzulegen sein, wenn es sich um eine Person handelt, die Dienste höherer Art zu leisten hat, statt nur einfache mechanische Leistungen[147]).

In Verfolg dieser Rechtsprechung hat das Landesarbeitsgericht Berlin[148]) die fristlose Entlassung eines gegen ein Gehalt von 850.— RM monatlich angestellten Kinokapellmeisters wegen unzulänglicher Musikzusammenstellung gebilligt, wenn er für die Zusammenstellung nach der Besichtigung des Films auch nur 3½ Stunden Zeit gehabt hatte[149]).

Für Musiker als gewerbliche Arbeiter[150]) gelten, soweit sie nicht bereits unter § 124 a GewO. fallen, die Vorschriften der §§ 123, 124 GewO. Dort sind die einzelnen Kündigungsgründe erschöpfend aufgeführt; andere bestehen neben ihnen also nicht mehr[151]).

3. Das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers kann durch besondere gesetzliche Vorschriften beschränkt werden (Kündigungsbeschränkungen). In Betracht kommen vor allem die Vorschriften des Betriebsrätegesetzes[152]), des Kündigungsschutzgesetzes und des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter. Die Einzelheiten hierüber gehören in die Darstellung des allgemeinen Arbeitsrechts[153]).

III. Rechtsfolgen der Beendigung.

Mit der Beendigung des Arbeitsvertrages erlöschen grundsätzlich die beiderseitigen Rechte und Pflichten mit Ausnahme der nichtbefriedigten Ansprüche, insbesondere auf rückständigen Lohn und Herausgabe von Sachen.

Andererseits lassen die Beendigung des Arbeitsvertrages oder doch die Kündigung gewisse besondere Rechte und Pflichten entstehen.

---

[147]) RGZ. Bd. 78 S. 19 und neuerdings RAG. in ArbRspr. 1932 S. 365.

[148]) Urt. vom 30. Oktober 1928 (102 S 326. 28) bei Ruben Nr. 1521.

[149]) Die in den §§ 133 c, 133 d GewO. erfolgte Aufzählung weiterer einzelner Tatbestände ist weder erschöpfend noch zwingend auch dann als wichtige Gründe anzusehen, wenn die besondere Sachlage eine mildere Auffassung rechtfertigt. Kaskel-Dersch S. 239; Hueck-Nipperdey I S. 325; Nikisch S. 98; Staudinger-Nipperdey Bem. IX 2 zu § 626 BGB. Sie kommt in Betracht für Musiker als „technische Angestellte".

[150]) Vgl. oben § 5 III 3 b.

[151]) LAG. Münster in BenshSamml. Bd. 1 S. 239.

[152]) Vgl. dazu Tonfilm und unbillige Härte nach §§ 84 ff. BRG. in DMZ. 1929 S. 1089 und LAG. Berlin vom 21. Mai 1928 (101 S 505. 28) bei Ruben Nr. 1773. Das Betriebsrätegesetz mit Nebengesetzen tritt am 1. Mai 1934 außer Kraft (Abschnitt VII des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit). Die Regelung des Kündigungsschutzes erfolgt jetzt durch den Abschnitt V des neuen Gesetzes, das zwar den Begriff der unbilligen Härte übernommen hat, in den übrigen Voraussetzungen jedoch erheblich von den Bestimmungen der §§ 84 ff. BRG. abweicht.

[153]) Hueck-Nipperdey I S. 350 ff.; Kaskel-Dersch S. 226 ff., 237 ff.; Molitor-Hueck-Riezler S. 207 ff. Vgl. auch Dänzer-Vanotti in DAR. 1934 S. 10.

Es sind dies:

1. Ansprüche auf Zahlung des Lohnes bis zum Ende der Vertragszeit. Hierbei gelten Sondervorschriften für den Fall der außerordentlichen Kündigung (§ 628 Abs. 1 S. 2 BGB.).

2. Schadensersatzansprüche bestehen im Falle der außerordentlichen Kündigung, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Gegners veranlaßt wird (§ 628 Abs. 2 BGB.).

3. Ansprüche auf Erteilung eines Zeugnisses (§ 630 BGB.)[154].

4. Der Arbeitgeber hat nach der Kündigung, bei befristeten Verträgen innerhalb entsprechender Zeit vor Beendigung, dem Musiker auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen einer anderen Stelle zu gewähren[155] (§ 629 BGB.).

Einer näheren Ausführung bedarf es nicht, da diese bereits in den Darstellungen des allgemeinen bürgerlichen und Arbeitsrechts zu finden ist und der Arbeitsvertrag des Musikers demgegenüber nichts Abweichendes enthält[156].

3. Kapitel:

Der Gruppenarbeitsvertrag des Musikers.

§ 7. Allgemeine Gesichtspunkte.

I. Musiker und Musikgruppe.

Das Charakteristische des Begriffs Musiker tritt mit aller Klarheit erst dann hervor, wenn man den Erscheinungen des Gruppenarbeitsvertrages nachgeht.

War es die künstlerische Eigenart des Musikers, die im Einzelarbeitsvertrag Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Arbeitsvertrag schuf, so ist es im Gruppenarbeitsvertrag, vor allem bei der Eigengruppe, das soziale Moment der Verbundenheit, das hier eine ganz besondere Gestaltung bedingt.

Der Musiker ist, wie es Potthoff[1]) einmal mit Recht im Anschluß an das alte Wort des Aristoteles ausgedrückt hat, ein „Zoon politikon", ein soziales Lebewesen. Im Einzelarbeitsvertragsrecht geht dies nicht so hervor[2]), wohl aber bei der Arbeit in der Musikgruppe.

---

154) Hueck-Nipperdey I S. 279 ff.; Kaskel-Dersch S. 244 f.; vgl. auch RAGE. Bd. 12 S. 275.

155) § 629 BGB. ist zwingenden Rechts und gibt einen Anspruch auf Bezahlung der zwecks Aufsuchens einer neuen Stellung gewährten Urlaubsstunden; entgegenstehende Vereinbarungen sind ungültig. RAG. BenshSamml. Bd. 3 S. 21.

156) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 392 ff.; Kaskel-Dersch S. 243 ff.; Nikisch S. 101 f. Entwurf §§ 159, 162, 163 ff. Dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 201 ff.

1) Potthoff, Gruppenarbeit als Rechtsproblem in „Wer ist Arbeitg.?" S. 18; Rustmeier S. 2.

2) Darum ist vor einer zu starken Verallgemeinerung des Potthoffschen Satzes zu warnen.

Gewiß sind auch in kaufmännischen und technischen Berufen die Arbeitenden aufeinander angewiesen, arbeiten Hand in Hand. Aber dies ist nicht ausschließliche Bedingung, derart etwa, daß die Arbeit nicht auch vom einzelnen selbständig und allein geleistet werden könnte. Die Rationalisierung der Betriebe durch das System der Fließarbeit, bei dem das Werkstück in fortlaufender Kette von einer Zahl von Arbeitern zu bearbeiten und die Tätigkeit des einzelnen durch die seiner Vormänner bedingt ist, ist noch nicht zur Regel geworden.

Unser geltendes Recht geht nach wie vor davon aus, daß jeder Arbeiter selbständiger Vertragsgegner des Unternehmers ist [3]).

Anders für große Teile der Musiker, all die, die in einer Musikgruppe, insbesondere einer Eigengruppe, tätig sind. Die Entwickelung scheint darauf hinzudeuten, daß die Selbständigkeit der Leistung beim Musiker immer seltener, vielleicht sogar noch zur Ausnahmeerscheinung werden wird. Üblich und häufig ist Solospiel bei Klavier, Orgel und Akkordeon, bei den übrigen Instrumenten überwiegt das Zusammenspiel. Das Wesen unserer Musik liegt im Sinfonischen, und Spengler bezeichnet die kontrapunktische Musik als den tiefsten und wahrsten Ausdruck abendländischer Kultur [4]).

So wird der Musiker vielleicht ganz und gar von Berufs wegen ein „Gruppenmensch" werden, zum erheblichen Teil ist er es bereits.

Das beste Beispiel für diese Verbundenheit bildet das Orchester: Ein Instrument muß in das andere greifen, eiserne Disziplin ist geboten, daß „alles sich zum Ganzen webt" und jene vollkommene Harmonie entsteht, in der die Idee des Tonschöpfers ihren lebendigen Ausdruck findet.

II. Der Gruppenarbeitsvertrag und seine Erscheinungen [5]).

1. Bisher ist die Darstellung immer davon ausgegangen, daß dem Arbeitgeber nur ein einzelner Arbeitnehmer gegenübersteht [6]).

Daß diese Auffassung zu eng ist, zeigt sich gerade besonders deutlich bei den Musikkapellen. Dort muß eine Verteilung der Arbeit

---

[3]) Potthoff a. a. O.

[4]) Kontrapunkt: Mehrstimmiger Tonsatz von melodisch selbständigen, aber harmonisch zusammenpassenden Stimmen. So Marschalk bei Knaur. Ähnlich Bremer S. 106.

[5]) Hueck-Nipperdey I S. 427 ff.; Kaskel-Dersch S. 167; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB. (S. 715 ff.); Büsing S. 23 ff.; Scheffler S. 5 ff.; Rustmeier S. 5 ff.; Grote bei Kaskel Akkordlohn S. 236 ff.; Bache ebenda S. 245 ff.; Clausnitzer ebenda S. 258, 264 ff.; Lotmar II S. 490 ff.; Hedemann, „Selbständige Gruppen im Arbeitsverhältnis" in NZfA. 1924 S. 257 f.; dazu Lewin-Guradze ArbR. 1924 S. 663 f.; Potthoff ArbR. 1924 Sp. 327 ff.; Hoeniger Jahrb. 3/237; 4/233; 5/41; 6/82, 87, 109, 144; 7/52; 8/61; 10/298; 11/311. Entw. §§ 112 ff.; dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 61 ff.

[6]) Vgl. oben §§ 4 ff.

vorgenommen werden, weil die Arbeit nur von mehreren zusammen bewältigt werden kann, während ein einzelner Musiker hierzu gar nicht in der Lage ist.

Über das rein organisatorische Moment hinaus entstehen besondere tatsächliche und vor allem rechtliche Beziehungen zwischen den zusammenarbeitenden Musikern untereinander und zwischen der Gesamtheit und dem Arbeitgeber, die eine Beeinflussung und Umgestaltung des Arbeitsvertrages zur Folge haben.

Eine gesetzliche Regelung fehlt[7]), so daß sich nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch den Willen der Beteiligten, auf den es maßgebend ankommt, die verschiedensten Formen herausgebildet haben. In ihrer Buntheit erschweren sie natürlich eine Übersicht sehr.

Auch über die rechtliche Beurteilung dieser Erscheinungen herrscht in Praxis und Lehre bisher noch keine Einigkeit.

So soll zunächst, gewissermaßen als Grundlage der weiteren Untersuchung, ein Überblick über die Grundform des Gruppenarbeitsvertrages geboten werden, ohne den das Verständnis der Sonderbildungen der Musikgruppen nicht möglich ist.

2. Wirtschaftliche Momente und tatsächliche Gründe sind es, die zur Bildung der Gruppen geführt haben. Die Rechtsbeziehungen verschiedener Art sind erst die Folgen dieser gemeinsamen Arbeitsleistung. Darum kann eine Umgrenzung der „Arbeitsgruppe" nur das rein Tatsächliche berücksichtigen, während die Rechtswirkung einer genauen Untersuchung vorbehalten bleiben muß.

Zwei Hauptmöglichkeiten sind gegeben:

Entweder die Gruppe schließt sich selbst zusammen und tritt bereits als geschlossenes Ganzes dem Arbeitgeber gegenüber, oder der Zusammenschluß erfolgt erst durch den Arbeitgeber selbst.

So liegt Gruppenarbeit vor, wenn eine Arbeitsleistung durch mehrere Arbeitnehmer erfolgt, die sich entweder selbst zu einer Gesamtheit zusammengeschlossen haben[8]) oder vom Arbeitgeber zu einer Gruppe zusammengefaßt worden sind[9])[10]).

Scheffler[11]) wählt eine andere Begriffsbestimmung: Er geht von der Definition Lotmars[12]) für die Akkordlohngruppe aus: „Eine Akkordlohngruppe liegt vor, wenn ein und dieselbe durch ihre Wirkung individualisierte Arbeit von mehreren als gemeinschaftliche Leistung zugesagt und ihnen dafür ein Entgelt versprochen wird[13])." Da nach

---

7) Anders der Entwurf §§ 110—120. Vgl. dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 61 ff. und oben § 3.

8) „Eigengruppe", vgl. unten unter 3.

9) „Betriebsgruppe", vgl. unten unter 3.

10) Büsing S. 25; Rustmeier S. 5 f.

11) Scheffler S. 12 f.

12) Lotmar II S. 497.

13) Wie Lotmar; auch Elster, Lexikon. Artikel „Gruppenakkord"; Appel S. 59. Vgl. auch Kaskel, Akkordlohn S. 236 ff.

seiner Auffassung das Moment des Entgelts für die allein hier in Betracht kommenden Fälle des Orchesters nach dem Orchesternormalvertrag[14]), des Teilungsorchesters[15]) und der Orchester G. m. b. H.[16]) nicht wesentlich ist, liegt bei ihm eine Arbeitsgruppe dann vor, „wenn mehrere untereinander rechtlich verbundene Personen einem anderen Arbeiten dieser Personen zusagen, die ... ihrer Natur nach ein Hand-in-Hand-Arbeiten der an der Arbeit beteiligten Personen verlangen .....".

Daß die Voraussetzungen der Arbeitsgruppe zu eng umschrieben sind, wenn man sie nur bei „rechtlicher" Verbindung vorliegen läßt, darauf hat Rustmeier[17]) bereits mit Recht hingewiesen. Die folgende Darstellung soll dies beweisen.

3. Die beiden Grundformen der Gruppenarbeit, „Eigengruppe" und „Betriebsgruppe" wurden bereits angedeutet. Sie bedürfen noch der Erläuterung.

Auch die Abgrenzung der beiden Erscheinungsformen der Gruppenarbeit voneinander erfolgt nach tatsächlichen Gesichtspunkten.

Dabei kann die Arbeit nicht unterscheidendes Moment sein, weil sie nur gemeinsames Objekt der Tätigkeit bildet, aber die Arbeitenden nicht zu einer Gruppe zusammenfaßt. Vielmehr schafft der Ausfluß eines gemeinsamen Willens die Gruppe[18]).

a) Der Wille der Arbeitnehmer zum Zusammenschluß aus eigener Kraft ist das Kennzeichen der Eigengruppe.

Mehrere Arbeitnehmer haben sich vor Abschluß des Arbeitsvertrages zu einer Gruppe zusammengeschlossen und bieten sich nunmehr als geschlossene Einheit dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung an[19]).

b) Das Charakteristische der Betriebsgruppe ist die Zusammenfassung der Arbeitnehmer durch einen fremden Willen, den des Arbeitgebers.

Die Arbeitnehmer sind also nicht vor Abschluß des Arbeitsvertrages zu einer Gruppe zusammengefaßt, sondern der Zusammenschluß erfolgt erst durch den Arbeitgeber, der bestimmt, ob Betriebs-

---

[14]) Scheffler S. 6 wählt vier „bezeichnende Beispiele für Gruppenarbeit: I. Kompanistensystem in der Glasindustrie (das in diesem Zusammenhange nicht interessiert); II. Orchester nach dem Orchesternormalvertrag des Deutschen Musiker-Verbandes; III. Teilungsorchester; IV. Orchester G. m. b. H."

[15]) Scheffler S. 7 f.

[16]) Scheffler S. 8 f.

[17]) Rustmeier S. 5 f.

[18]) So die h. M.: Büsing S. 25; Hueck-Nipperdey I S. 428; Hedemann NZfA. 1924/257 ff.; Potthoff NZfA. 1928/165; Kaskel-Dersch S. 167 ff.; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Rustmeier S. 6 weist im allgemeinen noch darauf hin.

[19]) Büsing S. 25; Rustmeier S. 6; Kaskel-Dersch S. 167; Hueck-Nipperdey I S. 428; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Entw. § 115 und Molitor-Hueck-Riezler S. 61 f.

gruppenarbeit zu leisten ist, und über die Zusammensetzung der Gruppe grundsätzlich entscheidet[20]).

Mögen auch die Arbeiten der Betriebs- und Eigengruppe völlig gleich sein, so wird ihr Charakter durch die Art des Zusammenschlusses doch gänzlich verschieden. Er bildet das Unterscheidungsmerkmal, und nach ihm erhalten die Gruppen und damit die Gruppenarbeiten ihre Bezeichnung[21]).

c) Gegenüber diesen beiden Grundformen ist die Form des sog. „Gehilfenverhältnisses", bei dem sich der Arbeitnehmer zur Erfüllung der Arbeitsleistung eines Gehilfen bedient[22]), im Arbeitsrecht des Musikers von geringerer Bedeutung[23]).

4. Die Erscheinungsformen der Gruppenarbeit will Scheffler[24]) anders abgrenzen und einteilen.

Bei ihm ist Einteilungsprinzip zwischen „Betriebs-" und „Eigengruppe", deren Namen er übernommen hat, die aber bei ihm einen ganz anderen Sinn erhalten haben, die Kernfrage des Außenverhältnisses: „Steht das einzelne Gruppenmitglied zum Arbeitsempfänger in einem Vertragsverhältnis, und welcher Art ist dieses? Schuldet das Gruppenmitglied dem Arbeitsempfänger etwas, und was schuldet es ihm?"

So findet er das Wesen der „Eigengruppe" darin, daß die Gruppe, sei es als Körperschaft, sei es als gesamthänderische Mehrheit, dem Arbeitsempfänger Verschaffung von Diensten schuldet, daß die Arbeitsleistenden in keinem Arbeitsvertragsverhältnis zum Arbeitsempfänger stehen; das Wesen der „Betriebsgruppe" darin, daß die einzelnen Mitglieder dem Arbeitsempfänger Leistung ihrer persönlichen Dienste schulden, Arbeitsverträge mit ihm abgeschlossen haben und sich auf Grund dieser Arbeitsverträge in seinen Betrieb eingliedern.

Schon die Änderung des Sinnes der Namen „Betriebs"- und „Eigengruppe" ist bedenklich, da sie zu Mißverständnissen Anlaß gibt.

Formell-logisch ist es ferner unrichtig, Rechtsfolgen zur Grundlage einer Begriffsbestimmung zu machen[25]). Sie sollen ja gerade

---

20) Vgl. bes. Büsing S. 25, 27; Staudinger-Nipperdey a. a. O., Entw. § 112; Molitor-Hueck-Riezler S. 61 f.

21) Büsing S. 25; Rustmeier S. 7.

22) Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Hueck-Nipperdey I S. 433.

23) Über die Sonderform des „Mitarbeitsvertrages" vgl. Büsing S. 61; gegen ihn Scheffler S. 15; Rustmeier S. 16; Potthoff NZfA. 1928/165 ff.; vgl. auch unten § 8 II 2. Entwurf § 112. „Mitarbeitsvertrag (unechter Gruppenarbeitsvertrag)" ist nach Büsing „der Vertrag, durch den sich jemand, der Arbeitnehmer, verpflichtet, für einen anderen, den Arbeitgeber, mit einem oder mehreren anderen zusammen eine gemeinsame Arbeit gegen Entgelt zu leisten".

24) Scheffler S. 14 f.

25) Vgl. Potthoff in „Wer ist Arbeitg.?" S. 20; Rustmeier S. 7.

erst geprüft und untersucht werden und die Definition soll das Hilfsmittel dazu sein, sie zu erkennen.

Das von Scheffler als Merkmal der „Eigengruppe" bezeichnete Fehlen jeder arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitsempfänger und Mitgliedern der Gruppe paßt nur für wenige Fälle. Vertragsbeziehungen ausschließlich zwischen Arbeitnehmer und Gruppe bestehen nämlich nur dann, wenn die Gruppe eine feste rechtliche Einheit ist und mit den einzelnen Gliedern Anstellungsverträge abgeschlossen hat.

Auch die überwiegende Meinung im Schrifttum und Rechtsprechung bekennt sich jetzt zu dieser Ansicht; Scheffler übersieht vor allem ganz, welchen Schädigungen er gerade die Musiker bei einer so doktrinär gehaltenen Auffassung aussetzt [26].

III. Zur Einführung in die folgenden Abschnitte.

Ihr besonderes Gepräge erhalten diese allgemeinen Rechtsformen und Gedanken aber erst im Rechte der Musikkapellen.

Auch hierbei wird die Darstellung der Einteilung in Betriebs- und Eigengruppen folgen.

Nur der „Kapellmeister" wird aus dem System herausgehoben gesondert behandelt werden, um das Eigenartige seiner Stellung recht augenscheinlich zu gestalten.

Mit der Scheidung in ein „Außen-" und „Innenverhältnis" wird an die geistvollen Ausführungen Hedemanns [27] angeknüpft, ohne daß damit auch alle, oft weitgehenden Folgerungen anerkannt werden sollen [28].

§ 8. Musikkapellen als Betriebsgruppen [29].

I. Die Fälle der Betriebsgruppe in der Praxis.

1. Musikkapellen, d. h. Orchester und Ensembles [30], werden zu Betriebsgruppen, wenn sie nicht aus eigener Kraft, sondern durch einen Willensakt des Arbeitgebers entstanden sind.

Nur diese Art der Bildung, nicht die zu leistende Arbeit ist für den Charakter als Betriebsgruppe wesentlich.

2. Solche Betriebsgruppen sind vornehmlich die Orchester- und Ensemblemusiker [30], die vom Deutschen Musiker-Verband als Grup-

---

[26]) Gegen Scheffler besonders Potthoff, „Gruppenarbeit als Rechtsproblem" in „Wer ist Arbeitg.?" S. 19 f.; Rustmeier S. 7 f.; vgl. auch unten §§ 9 III, IV.

[27]) Hedemann, „Selbständige Gruppen im Arbeitsverhältnis" NZfA. 1924 Sp. 257 ff.; Hoeniger Jahrbuch Bd. 5 S. 41.

[28]) Vgl. Lewin-Guradze ArbR. 1924 Sp. 663 ff.; Molitor-Hueck-Riezler S. 63.

[29]) Scheffler S. 38 ff.; Rustmeier S. 9 ff.; Hueck-Nipperdey I S. 429 f.; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Entwurf §§ 112 ff.; Denkschrift S. 23; Molitor-Hueck-Riezler S. 61.

[30]) Vgl. oben § 2 II.

pen I und II bezeichnet worden sind[31]). Also: Orchester in Theatern, Lichtspielhäusern und Konzertunternehmen sowie Ensembles in Cafés, Gast- und Tanzbetrieben.

Mit Sicherheit kann man die Natur solcher Musikgruppen als Betriebsgruppen aber nur dann erkennen, wenn man sich die Art ihrer Entstehung vor Augen hält.

II. Das Außenverhältnis.

1. Das Außenverhältnis stellt sich als eine Summe von Einzelvertragsverhältnissen zwischen den Mitgliedern der Gruppe und dem Arbeitgeber dar[32]).

In der Regel sind es Arbeitsverträge, die die einzelnen Musiker allein und unabhängig voneinander mit dem Arbeitgeber abschließen[33]). Die Natur der Arbeit schafft aber doch eine gewisse tatsächliche Abhängigkeit der einzelnen Mitglieder voneinander.

2. Dieses Moment arbeitsbedingter Verbundenheit hat Büsing[34]) veranlaßt, die Sonderform des „Mitarbeitsvertrages" (unechten Gruppenvertrages) zu konstruieren.

Es ist der Vertrag, „durch den sich jemand, der Arbeitnehmer, verpflichtet, für einen anderen, den Arbeitgeber, mit einem oder mehreren anderen zusammen eine gemeinsame Arbeit gegen Entgelt zu leisten".

Vom Einzelarbeitsvertrag unterscheidet sich also der Mitarbeitsvertrag durch die Beteiligung anderer an der vom Arbeitnehmer versprochenen Arbeit.

„Er will die Arbeit nicht allein, sondern mit anderen gemeinsam leisten."

Dies bewirkt aber eine Begrenzung des Rechtes des Arbeitgebers auf Verwendung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers; denn er bedingt sich die Mitwirkung eines oder mehrerer an der zu leistenden Arbeit aus. Der Arbeitgeber kann also nicht die Leistung der ganzen Arbeit von ihm fordern, sondern hat nur gegen jeden Mitarbeiter einen Anspruch auf Mitarbeit.

Die Sorge für die Teilnahme anderer an der Arbeit ist nicht Sache des Arbeitnehmers, sondern des Arbeitgebers. Zur Bewirkung der Leistung ist mithin eine Handlung des Arbeitgebers erforderlich (§ 295 BGB.), die darin besteht, dem Mitarbeiter die zur Leistung der Arbeit notwendigen Genossen beizugesellen[35]).

Ein solcher Mitarbeitsvertrag liegt beispielsweise nach Büsing[36])

---

31) Vgl. oben § 2 III.
32) Scheffler S. 40.
33) Werkverträge sind sehr selten. über die Unterscheidung vom Arbeitsvertrag vgl. oben § 3 II 4.
34) Büsing S. 61. Vgl. auch oben § 7 II 4.
35) Büsing S. 62, 64.
36) Büsing S. 62.

vor, wenn ein Musiker sich verpflichtet, in einem in einem Konzertcafé spielenden Ensemble mitzuspielen.

In Wahrheit handelt es sich dabei nicht um eine Sonderform des Arbeitsvertrages, sondern um dessen Grundform. Nur besteht eine Verpflichtung, die der Arbeitnehmer nicht ohne bestimmte Voraussetzungen erfüllen kann, zu denen insbesondere die Mitarbeit anderer Arbeitnehmer zu zählen ist.

Dies ist aber eine Erscheinung, die in der Industrie oft zu finden ist, und sich auch für den Musiker als Mitglied einer Betriebsgruppe von selbst versteht; denn „wozu soll ein Bassist oder Pauker sich anders verpflichten, als zu einer Tätigkeit, die nur im Rahmen des Orchesters möglich ist? Die Bedingung, daß der Musiker sich nur zur Mitarbeit, nicht zur Einzelarbeit verpflichtet, wird bei derartigen Engagements kaum je erwähnt; trotzdem ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, er könne auch verpflichtet sein, auf Verlangen des Wirts solo zu pauken" [37]).

3. Jeder einzelne Musiker schuldet also Arbeit schlechthin; gegen jeden einzelnen Musiker hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf Leistung persönlicher Dienste.

Tatsachen, die in der Person einzelner Musiker eintreten, wie z. B. Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug eines Mitglieds, wirken nicht für und gegen die Gruppe, sondern nur für und gegen das betreffende Mitglied.

So gilt für das Außenverhältnis auch all das, was über den Abschluß, Inhalt und die Beendigung des Arbeitsvertrages des Musikers im Einzelarbeitsvertragsrecht gesagt worden ist [38]).

4. Aus dem Inhalt des Außenverhältnisses sei aber hier noch besonders das Direktionsrecht des Arbeitgebers und die ihm entsprechende Gehorsamspflicht der Musiker [39]) sowie die Zahlung des Entgeltes [40]) hervorgehoben.

a) Direktionsrecht.

Das Recht zur Vereinigung mehrerer Musiker zu gemeinsamer Arbeitsleistung ist als rein technisch-organisatorische Maßnahme innerhalb des Betriebes Ausfluß der Leitungsbefugnis des Arbeitgebers. Hierdurch wird eine innere Verbindung unter den Musikern geschaffen, die jedoch nur lose ist und nicht die starken Wirkungen wie bei der Eigengruppe besitzt [41]). Die Musiker haben sich deshalb der vom Arbeitgeber geplanten Gruppe einzufügen und mit gewissen unten [42])

---

[37]) So treffend Potthoff in NZfA. 1928 Sp. 165 ff.; vgl. auch Rustmeier S. 16 f.

[38]) Über den Abschluß des Einzelarbeitsvertrages vgl. oben § 4; Inhalt § 5; Beendigung § 6.

[39]) Vgl. oben § 5 I.

[40]) Vgl. oben § 5 II.

[41]) Hueck-Nipperdey I S. 429; Büsing S. 28; Scheffler S. 41; Rustmeier S. 17 f.

[42]) Vgl. Abs. 4.

ausgeführten Maßgaben die gemeinsame Arbeit zu leisten; andernfalls verstoßen sie gegen die ihnen obliegende Gehorsamspflicht.

Im einzelnen hat der Arbeitgeber die Befugnis, die Gruppe nach Belieben zu gestalten. Er kann sie begründen und auflösen, sie auch jederzeit später in ihrer Zusammensetzung ändern, sei es im Wege der Teilung und Umbildung in mehrere Gruppen, oder durch Auswechseln einzelner Mitglieder.

Das Direktionsrecht gewährt dem Arbeitgeber auch das Recht der Stabführung. Die musikalische Leitung der Gruppe kann vom Arbeitgeber nach Belieben zwar ausgeübt werden, wird aber meist von diesem einem besonderen Leiter (Kapellmeister, Kapellenleiter) übertragen[43]).

Der Ausübung des Direktionsrechts sind aber gewisse Grenzen gesetzt, die einerseits in den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB.), andererseits in der künstlerischen Eigenart des Musikers bestehen und ein Ausarten des „Beliebens" in Willkür verhindern[44]).

b) Entgelt.

Da jedes einzelne Mitglied im Vertragsverhältnis zu dem Arbeitgeber steht, hat es auch gegen ihn grundsätzlich eine gesonderte Entgeltforderung.

Zwischen den Mitgliedern der Betriebsgruppe und dem Arbeitgeber kann aber eine Vereinbarung dahin getroffen werden, daß sie sich gemeinschaftlich dem Arbeitgeber gegenüber zu einer von den einzelnen als Gesamtleistung zu erbringenden Arbeit verpflichten. Dann ist der Fall des Gruppenakkordes gegeben[45]).

Dies löst im Innenverhältnis der Mitglieder zueinander besondere Rechtswirkungen aus, über die noch zu sprechen sein wird[46]).

III. Das Innenverhältnis.

1. Im Gegensatz zu den Eigengruppen sind bei der Betriebsgruppe die Möglichkeiten einer rechtlichen Ausgestaltung gering, wenn auch nicht, wie Büsing[47]) es meint, ganz ausgeschlossen.

Dies folgt aus der Art der Entstehung und dem Wesen der Betriebsgruppe: Die starke Unterordnung des einzelnen unter den Willen des Arbeitgebers während der Arbeitsleistung, die der Arbeitsvertrag mit sich bringt, verhindert die Bildung einer rechtlich stark ausgeprägten Organisation.

---

[43]) Einzelheiten unten IV.

[44]) Vgl. auch § 5 I 1 und die Ausführungen über die Grundgedanken des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, oben § 3 II.

[45]) Hueck-Nipperdey I S. 428, 430; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Rustmeier S. 21; anders Scheffler S. 38.

[46]) Vgl. unten III.

[47]) Büsing S. 30, 63; gegen ihn Hueck-Nipperdey I S. 430; Scheffler S. 38; Rustmeier S. 20.

2. Immerhin ist die Bildung einer Organisation als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts möglich; vor allem aber können besondere Rechtsbeziehungen unter den Mitgliedern im Falle eines Gruppenakkordes[48]) mit dem Arbeitgeber entstehen: Die Zahlung des gemeinsamen Entgelts, das nach dem Ergebnis der gemeinsamen Arbeit berechnet wird, kann in verschiedenster Weise erfolgen[49]):

a) Der Arbeitgeber hat die Gesamtsumme des Entgeltes an die Gruppe zu zahlen; diese nimmt dann ihrerseits die Verteilung unter die einzelnen Mitglieder vor.

Dann entsteht im Innenverhältnis der Gruppenmitglieder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB.). Das Entgelt wird Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB.) und damit Eigentum aller Mitglieder der Gruppe zur gesamten Hand (§ 719 BGB.).

Die Verteilung unter die einzelnen Mitglieder kann entweder nach gleichen Teilen oder nach von vorneherein festgesetzten Bruchteilen erfolgen, Verteilungsmaßstab kann aber auch der Anteil der einzelnen am Arbeitsergebnis sein.

Die kurzen Andeutungen müssen hier genügen; denn die gleichen Probleme tauchen noch einmal bei Erörterung der Rechtsverhältnisse der Musikkapelle als Eigengruppe auf[50]).

b) Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß das Gesamtentgelt schon vor der Auszahlung rechnerisch nach den eben geschilderten Grundsätzen unter die einzelnen Gruppenmitglieder verteilt wird.

Dann wird eine besondere Rechtsgemeinschaft unter den Gruppenmitgliedern nicht begründet. Vielmehr erwirbt jedes Mitglied seinen selbständigen Lohnanspruch unmittelbar gegen den Arbeitgeber in Höhe des auf ihn entfallenden Anteils.

3. Die Gestaltung des Innenverhältnisses wird an sich höchstens mittelbar das Außenverhältnis beeinflussen. Soll eine unmittelbare Einwirkung stattfinden, so bedarf es besonderer Vereinbarung beim Abschluß des Einzelarbeitsvertrages.

Solche Vereinbarungen können namentlich eine Beschränkung der Leitungsbefugnis des Arbeitgebers zugunsten der Selbstleitung der Gruppe bei Einstellung und Entlassung von Mitgliedern zum Gegenstande haben[51]). Nur dann ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Zusammensetzung der Gruppe zu wahren.

IV. Vertretung und Geschäftsführung. Technische Leitung.

1. Soweit der Arbeitgeber das ihm zustehende Direktionsrecht selbst nicht ausüben will, kann er damit einen besonderen Leiter (Kapellen-

---

[48]) Vgl. oben II 4 b.

[49]) Hueck-Nipperdey I S. 429 f.; Staudinger-Nipperdey a. a. O.

[50]) Vgl. unten § 9.

[51]) Scheffler S. 42; Rustmeier S. 21 f.

leiter, Kapellmeister) betrauen. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber nicht die erforderlichen musikalischen und technischen Vorkenntnisse besitzt, um vor allem von dem Rechte der Stabführung Gebrauch machen zu können.

Der Kapellmeister übt dann insoweit das Leitungsrecht des Arbeitgebers als dessen beauftragter Stellvertreter aus. Die Musiker haben seinen Anordnungen zu folgen, wollen sie nicht ihre Gehorsamspflicht verletzen[52]). Abgesehen davon nimmt der Kapellmeister aber rechtlich keine Sonderstellung gegenüber den übrigen Musikern ein.

Auftrag und Vollmachtserteilung bedürfen zwar einer darauf gerichteten Willenserklärung, aber keiner Form (§ 167 BGB.). Diese Willenserklärung kann auch durch konkludentes Verhalten geschehen[53]).

Das Innenverhältnis zwischen dem Leiter als Beauftragten und dem Arbeitgeber als Auftraggeber bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 662 ff. BGB., die Rechtswirkungen gegenüber Dritten ergeben sich nach den §§ 164 ff. BGB.: Die von dem Kapellenleiter im Namen des Arbeitgebers abgegebenen Willenserklärungen wirken unmittelbar für und gegen den Arbeitgeber.

Der Umfang der Vertretungsmacht kann auch auf die Auswahl und Anstellung der Musiker[54]), ihre Entlassung und Entlohnung ausgedehnt werden.

Die Bevollmächtigung des Arbeitgebers macht den Kapellenleiter natürlich nicht auch zum Bevollmächtigten der Gruppenmitglieder[55]). Übergibt der Arbeitgeber die Lohnsumme dem Leiter zur Aushändigung an die Gruppenmitglieder, so wird er also dadurch noch nicht von seiner Zahlungspflicht gegenüber den Gruppenmitgliedern befreit[56]).

2. Umgekehrt kann die Gruppe, die eine Innenorganisation geschaffen hat[57]), sich einen eigenen „Geschäftsführer" wählen, der die Rechte der einzelnen Musiker gegenüber dem Arbeitgeber wahrzunehmen hat.

Soweit sich die Betriebsgruppe im Innenverhältnis zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen hat, greifen mangels besonderer Vereinbarung hinsichtlich des Umfangs der Befugnisse des Vertrauensmanns als Geschäftsführer und Vertreter insbesondere die Vorschriften der §§ 710—715 BGB. ein. Für

---

52) Scheffler S. 75; Rustmeier S. 22; Hueck-Nipperdey I S. 430; Entwurf § 114; Molitor-Hueck-Riezler S. 61.

53) Staudinger Bem. 5; Planck Bem. 6 zu § 167 BGB.; Scheffler S. 75; Appel S. 81; Rustmeier S. 22.

54) Darüber unten § 10 IV 3.

55) Appel S. 85; Scheffler S. 76; Rustmeier S. 23.

56) Vgl. dazu Scheffler S. 76 und Anm. 256 das.

57) Bei Betriebsgruppen ohne Innenorganisation kann von einer Geschäftsführung oder Vertretung der Gruppe natürlich nicht gesprochen werden.

Rechtsfolgen aus der Vertretung gegenüber Dritten sind die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB. maßgebend.

3. Werden dem Kapellenleiter von beiden Parteien die Funktionen eines Bevollmächtigten übertragen, was vielfach üblich ist, so ist er den Beschränkungen des § 181 BGB. unterworfen. Er kann also nur solche Rechtsgeschäfte vornehmen, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen, vor allem also die Lohnsumme in Empfang nehmen und auszahlen.

Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 181 BGB. hat aber nicht Nichtigkeit des vorgenommenen Geschäfts zur Folge; vielmehr ist es wie andere Rechtsgeschäfte zu behandeln, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat, wird also durch Genehmigung beider Parteien, des Arbeitgebers und der Mitglieder der Gruppe, voll wirksam[58])[59]).

§ 9. Musikkapellen als Eigengruppen.

I. Grundsätzliches über die Bildung und die Fälle der Eigengruppe.

1. Musikkapellen, d. h. Orchester und Ensembles[60]), werden zu Eigengruppen, wenn sie sich aus eigener Kraft zu einer Gruppe zusammengeschlossen haben.

Dieser Zusammenschluß und die Bildung der rechtlichen Struktur der Eigengruppe erfolgt durch den sog. „Eigengruppenvertrag“[61]). Er wird von den Musikern zur Regelung ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen abgeschlossen.

Der „Selbstzusammenschluß“ der Musiker bildet das Kennzeichen der Eigengruppe, das sie von der durch den Willen des Arbeitgebers geschaffenen Betriebsgruppe unterscheidet[62]).

2. Solche Eigengruppen sind in erster Linie die Orchester- und Ensemblemusiker, die vom Deutschen Musiker-Verband als Gruppe III bezeichnet worden sind[63]). Also: Teilungskapellen, Genossenschaftsorchester und Spielgemeinschaften.

Sie spielen entweder „auf Teilung“, d. h. der Ertrag für ihre Musikleistungen wird nach besonderer Vereinbarung in bestimmten Zwischenräumen unter den Kapellenmitgliedern geteilt[64]), oder die

---

[58]) H. M. Enneccerus § 168 III 2; Planck Bem. 3a; Staudinger Bem. 6; Oertmann Bem. 2b zu § 181 BGB.; RGZ. 56/107 f.; 67/54 ff.; 68/40; 71/162; 93/337.

[59]) Appel S. 85; Scheffler S. 76; Hueck-Nipperdey I S. 430; Ihrig S. 98. Denkschrift z. Entw. S. 23.

[60]) Vgl. oben § 2 II.

[61]) Vgl. Büsing S. 26; Rustmeier S. 25. Etwas anders Ihrig S. 12.

[62]) Vgl. oben § 7 II.

[63]) Vgl. oben § 2 III.

[64]) „Wer ist Arbeitg.?“ S. 4.

Kapelle zahlt ihren Mitgliedern ganz oder wenigstens teilweise feste Gehälter, die sog. „Gagen“[65]).

3. Auch bei der Darstellung der Rechtsverhältnisse der Musikkapellen als Eigengruppen ist scharf zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden. Nur ist es hier zweckmäßiger, mit der Betrachtung des Innenverhältnisses zu beginnen: Erst dadurch läßt sich die Rechtsform der einen Vertragspartei des Außenverhältnisses klar erkennen.

Würde man umgekehrt verfahren, so wäre ein Vertragsverhältnis zu untersuchen, dessen eine Vertragspartei ihrer juristischen Struktur nach unbekannt wäre[66]).

II. Das Innenverhältnis.

1. Musikkapellen als Eigengruppen können im Innenverhältnis verschieden gestaltet sein. Sie können entweder juristische Personen mit ausgeprägter rechtlicher Innenorganisation sein, in der Form der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, des eingetragenen Vereins, oder ihnen fehlt jede Rechtspersönlichkeit, und sie bilden in der Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und des nicht rechtsfähigen Vereins nur einen losen rechtlichen Verband.

2. a) Musikkapellen mit Rechtspersönlichkeit treten fast gar nicht in der Rechtsform des eingetragenen Vereins (§§ 21 ff. BGB.) auf, der durch die Eintragung in das Vereinsregister die Rechtsfähigkeit erlangt hat (§ 65 BGB.). In der Statistik des Deutschen Musiker-Verbandes für die Orchester der Gruppen I a und I b[67]) wird nur das Philharmonische Orchester Stuttgart, in der Statistik über Teilungs- und Genossenschaftsorchester[68]) nur das Konzertorchester Stralsund als eingetragener Verein aufgeführt.

Es kann daher, da keinerlei Besonderheiten bestehen, auf die allgemeine gesetzliche Regelung verwiesen werden.

b) Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft wird von Scheffler[69]) als die „gegebene Rechtsform für Eigengruppen mit juristischer Persönlichkeit“ bezeichnet. Ob die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft als juristische Person anzusehen ist, ist zwar nicht ganz unbestritten, wird aber von der herrschenden Lehre[70]) mit Recht angenommen und ergibt sich auch aus den §§ 10, 17 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes (GenGes.).

---

[65]) Rustmeier S. 24.

[66]) Scheffler S. 23; Rustmeier S. 8. Anders Jhrig S. 14 ff.

[67]) Statistik über Gehalts- und Anstellungsverhältnisse der Orchester I a und I b. Deutscher Musiker-Verband, Berlin 1929.

[68]) Statistik über subventionierte und nicht subventionierte Teilungs- bzw. Genossenschaftsorchester. Deutscher Musiker-Verband, Berlin 1926.

[69]) Scheffler S. 23.

[70]) Parisius-Crüger Anm. 2 zu § 17 GenGes.; Gierke HR. § 48 II 2; Scheffler S. 24 mit weiteren Literaturangaben.

So sind auch die Musikkapellen als Eigengruppen mit Rechtspersönlichkeit in der Regel Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, und zwar in der Form der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht [71]).

Der Betrieb des Musikergewerbes ist unter den in § 1 des GenGes. aufgeführten Tatbeständen zwar nicht enthalten. Der Tatbestand der Ziff. 4 in der Aufzählung des § 1 GenGes.: „Vereine zur Herstellung von Gegenständen und zum Verkauf derselben auf gemeinsame Rechnung — Produktivgenossenschaften — kommt zwar dem Tatbestand der Musikkapellen als Eigengruppen am nächsten. Die Tatbestände decken sich aber deshalb nicht, weil es sich bei den Genossenschaften der Ziff. 4 um Arbeit an eigenen Gegenständen, bei den Eigengruppen dagegen um Arbeit an fremden Gegenständen handelt. Trotzdem können auch Vereinigungen, die nicht unter eine der sieben Ziffern des § 1 GenGes. fallen, die Rechtsform der Genossenschaft wählen, wenn sie nur deren allgemeine gesetzliche Merkmale besitzen; denn die Aufzählung ist, wie das Wort „namentlich" in Absatz 1 zeigt, nur eine beispielsweise [72]).

Die allgemeinen gesetzlichen Merkmale lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezweckt [73]). Mit der Eintragung in das Genossenschaftsregister erlangt sie Rechtspersönlichkeit, deren Träger die Mitglieder (Genossen) sind (§ 17 Abs. 1 GenGes.) [74]).

Durch das Erfordernis der „nicht geschlossenen Mitgliederzahl", die Möglichkeit, daß jederzeit ein Wechsel im Bestande und in der Zahl der haftbaren Mitglieder eintreten kann, unterscheidet sich die Genossenschaft von den Handelsgesellschaften [75]). Dementsprechend ist, allerdings mit gewissen Erschwerungen, der jederzeitige Ein- und Austritt von Genossen in den Orchesterverträgen [76]) zugelassen.

Die Entstehung der Orchestergenossenschaft entspricht der eines eingetragenen Vereins. Die Begründung erfolgt durch freien Zusammenschluß, und zwar durch ausdrücklichen Vertrag, für den die allgemeinen Regeln des Genossenschaftsrechts gelten (§§ 4 ff. GenGes.). Die Rechtsverhältnisse zwischen der Genossenschaft und den Ge-

---

[71]) Denkschr. z. Entw. S. 23 ff.; Rustmeier S. 29.

[72]) Parisius-Crüger Anm. 3 zu § 1 GenG.; Gierke HR. § 48 II 1; Scheffler S. 24.

[73]) Parisius-Crüger Anm. 2, 3 zu § 1 GenGes.; Gierke HR. § 48 II; Scheffler S. 25; Rustmeier S. 30; vgl. auch § 1 der Satzung für Genossenschafts-Orchester, herausgegeben vom Deutschen Musiker-Verband.

[74]) Parisius-Crüger Anm. 2 zu § 1 GenGes.

[75]) Parisius-Crüger Bem. 4 zu § 1 GenGes.

[76]) Vgl. § 234 der Satzung für Genossenschaftsorchester, herausgegeben vom Deutschen Musiker-Verband, und ferner Rustmeier S. 30.

nossen bestimmen sich, falls in den Orchesterverträgen nichts bestimmt ist, nach dem Gesetz.

Die Satzung muß gewisse „Essentialien" enthalten (§§ 6, 7 Gen.-Ges.), die außer Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens u. a. vor allem den Geschäftsanteil (§ 7 Ziff. 2 GenGes.), das Geschäftsguthaben [77]) und die Haftungsart betreffen. In der Regel bevorzugen die Musikkapellen als Orchestergenossenschaften von den drei [78]) nach dem Gesetz möglichen Haftungsarten (§ 2 GenGes.) die der eingetragenen Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht. Sie stellt die für die Genossen weitaus günstigste Form dar (§§ 105, 141 Gen.-Ges.) [79]) [80]).

c) Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die Innenorganisation der Musikkapelle als Eigengruppe läßt sich auch in der Rechtsform der G. m. b. H. ausgestalten.

Jedoch sind Musikkapellen in der Form der G. m. b. H. sehr selten anzutreffen [81]). Der Grund hierfür dürfte vor allem in der Bestimmung des § 5 GmbHGes. zu finden sein, wonach das Stammkapital der Gesellschaft mindestens 20000 RM, die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 500 RM betragen muß. Eine derartige wirtschaftliche Stärke besitzen die einzelnen Gruppenmitglieder aber heute oft nicht mehr.

Demgegenüber bietet § 3 GmbHGes. die Möglichkeit, die Arbeitspflicht der Gruppenmitglieder (Gesellschafter) als Nebenleistungspflicht im Gesellschaftsvertrage zu verankern [82]). Dies ist gerade für Orchester von besonderer praktischer Bedeutung. Selbst wenn die ursprünglich nur als Nebenleistungspflichten gedachten Verpflichtungen zur Hauptverpflichtung werden, wird dadurch die Anwendbarkeit des GmbHGesetzes nicht beeinträchtigt [83]). Bei der Aktiengesellschaft ist es hingegen erforderlich, obwohl § 212 HGB. die Möglichkeit gibt, Dienstleistungen als Nebenleistungen aufzuerlegen, daß diese auch wirklich Nebenpflichten bleiben [84]). Wegen dieser Einschränkungen ist die Aktiengesellschaft als Rechtsform der Musikkapellen unzweckmäßig [85]); denn gerade bei ihnen kommt es entscheidend auf die Ver-

---

[77]) Staatz S. 3 f.

[78]) Nach dem Gesetz vom 20. Dezember 1933 (RGBl. I S. 1089) nur noch zwei Haftungsarten: Die eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter und mit beschränkter Haftpflicht.

[79]) Vgl. noch DMZ. 1929 S. 491, 509.

[80]) Die Revisoren (§§ 53—64 GenGes.), die der Genossenschaft nicht angehören dürfen, haben alle zwei Jahre Einrichtungen und Geschäftsführung der Genossenschaft zu prüfen.

[81]) Die Statistik über Gehalts- und Anstellungsverhältnisse der Orchester I a und I b verzeichnet das Philharmonische Orchester Berlin. Das dort noch verzeichnete Sinfonie-Orchester Berlin ist am 1. Oktober 1932 aufgelöst worden.

[82]) Rustmeier S. 32; Scheffler S. 26.

[83]) RGZ. 73/429; Scheffler S. 26.

[84]) Staub Bem. 1 zu § 212 HGB.

[85]) Scheffler S. 27; Rustmeier S. 32.

wertung der Arbeitskraft ihrer Mitglieder an. In dem von Scheffler[86]) angeführten Beispiel der „Orchester-G.m.b.H." bestimmt z. B. § 5 des Gesellschaftsvertrages des D.er Philharmonischen Orchesters, daß jeder Gesellschafter die Pflicht habe, als Orchestermitglied mitzuwirken.

Das Stammkapital wird aus der Summe der Stammeinlagen der Mitglieder gebildet. Der Geschäftsanteil, das Anteilsrecht, die Mitgliedschaft mit ihren Rechten und Pflichten, kann nur in gerichtlicher oder notarieller Form veräußert werden. Durch den Gesellschaftsvertrag kann aber die Abtretung der Geschäftsanteile noch an weitere Voraussetzungen geknüpft werden (§ 15 GmbHGes.). Von dieser Möglichkeit der „Vinkulierung der Geschäftsanteile" wird gerade bei der Orchester-G.m.b.H. gern Gebrauch gemacht, um beispielsweise zu verhindern, daß ein Orchestermitglied seinen Anteil an einen absolut unmusikalischen Dritten veräußert. So wird die Übertragung des Geschäftsanteils nach dem Gesellschaftsvertrage nur an Berufsgenossen gestattet und oft auch von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht[87]).

Die sonstigen Rechtsverhältnisse zwischen der Orchester-G.m.b.H. und ihren Gesellschaftern weisen keine Besonderheiten auf. Für sie verbleibt es bei der allgemeinen gesetzlichen Regelung (§§ 13 ff. GmbHGes.).

3. Von den Musikkapellen ohne Rechtspersönlichkeit ist die Mehrzahl ihrer Rechtsform nach Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB.)[88]).

Es sind dies die Gemeinschafts- und Genossenschaftsorchester („Teilungsorchester")[89]).

Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages bedarf keiner Form. Er kann daher in jeder Weise geschlossen werden, auch stillschweigende Vereinbarung ist möglich[90]).

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten" (§ 705 BGB.).

Gemeinsamer Zweck der Musikkapelle als Gesellschaft ist die Erzielung des zugesagten Lohnes durch gemeinsame Arbeitsleistung

---

[86]) Scheffler S. 8; OVGE. in Staatssteuers. 13/322 ff. Vgl. auch oben § 7 II 2.

[87]) Scheffler S. 27; Rustmeier S. 33.

[88]) Statistik über Gehalts- und Anstellungsverhältnisse der Orchester I a und I b; Rustmeier S. 26; Scheffler S. 27; Büsing S. 35; Hueck-Nipperdey I S. 430; Ihrig S. 39 ff.; Simson in „Wer ist Arbeitg.?" S. 6 ff.; Lotmar II S. 518; Hedemann in NZfA. 1924/257; Wölbling Grundsätze S. 40.

[89]) Vgl. oben I 2.

[90]) Staudinger-Geiler Bem. III 1 zu § 705 BGB.

(Spiel)[91]. In § 2 des vom Deutschen Musiker-Verband herausgegebenen Vertrages für „Gemeinschaftsorchester" heißt es dementsprechend: „Zweck der Gruppe (Gesellschaft) ist: a) Pflege der Musikkunst und b) Verwertung der musikberuflichen Tätigkeit ihrer Mitglieder. Der Zweck soll in erster Linie durch Abschluß gemeinsamer Arbeitsverträge für die Mitglieder zur Ausführung von Musikleistungen aller Art, ferner durch andere musikalische Veranstaltungen und durch gemeinsame Musikproben erreicht werden[92])".

Die Leistung der gemeinsamen Arbeit stellt sich dar als Leistung von Beiträgen nach § 705 BGB. Einlage kann die Arbeitskraft der Musiker nicht sein, weil sie ein Stück der Persönlichkeit und deshalb nicht Gegenstand von Verfügungsgeschäften ist[93]; wohl aber sieht § 706 Abs. 3 BGB. die Möglichkeit vor, daß „der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten" (Arbeit) besteht. Nicht nur ein, sondern mehrere oder sämtliche Gesellschafter können durch Leistung von Diensten beitragen[94]. Hierbei ist nicht ausgeschlossen, daß die Arbeit einem Dritten geleistet wird[95].

Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände, insbesondere das Entgelt aus gemeinsamer Arbeit für Dritte bilden das Gesellschaftsvermögen. Aber auch die Ansprüche auf Arbeitsbeiträge[96] und die gemeinschaftliche Entgeltforderung, die die Gesellschaft für die an Dritte geleisteten Dienste erworben hat[97], gehören hierzu (§§ 718, 719 BGB.).

Gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Gesellschaft auf das Innenverhältnis ist mit Ausnahme von Stadthagen[98] ernstlicher Widerspruch nicht erhoben worden.

So verweist auch der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in § 115 auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, wenn auch hinsichtlich der Gewinnverteilung und Geschäftsführung Abweichendes vorgeschrieben ist[99].

---

[91]) Büsing S. 35; Scheffler S. 28; Rustmeier S. 27.
[92]) DMZ. 1929 S. 492.
[93]) Scheffler S. 28; Büsing S. 36; Rustmeier S. 27.
[94]) Wölbling, Akkordvertrag S. 194 ff.; Scheffler S. 28.
[95]) Lotmar II S. 516 ff.; Wölbling, Akkordvertrag S. 194 ff.; Scheffler S. 28.
[96]) Molitor-Hueck-Riezler S. 62; RGRKomm. Bem. 3; Staudinger-Geiler Bem. II 1 zu § 718 BGB.; Scheffler S. 28.
[97]) RGRKomm. Bem. 2; Staudinger-Geiler Bem. II 2 zu § 718 BGB.
[98]) Stadthagen S. 150 ff.; gegen ihn Scheffler S. 29 ff. Dafür, daß das Innenverhältnis der Arbeitsgruppe eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein kann: Lotmar II S. 518; Molitor-Hueck-Riezler S. 62; Hedemann NZfA. 1924/257 ff.; Lewin-Guradze ArbR. XI/663 ff.; Potthoff Gutachten; Schulz-Schalhorn S. 302 Nr. 200; Rustmeier S. 27; Scheffler S. 31 mit weiteren Angaben.
[99]) Vgl. auch Denkschrift S. 24.

Die Vorschriften des Gesellschaftsrechts (§§ 705 ff. BGB.) sind mithin auf die Rechte und Pflichten der Mitglieder sog. Gemeinschafts- und Teilungsorchester anzuwenden. Von diesen Regeln sind jedoch einige, worauf schon Scheffler[100]) mit Recht hinweist, für Arbeitsgruppen und damit auch für Musikkapellen ungeeignet.

Die Gesellschaft ist an sich vom Gesetzgeber als Rechtsform für Vereinigungen gedacht, die einen geschlossenen Mitgliederkreis haben, aber keine eigene Rechtsfähigkeit erwerben wollen. So ist sie in ihrem Bestande regelmäßig an die Personen der Gesellschafter gebunden: Tod oder Konkurs eines Gesellschafters lösen die Gesellschaft grundsätzlich auf (§§ 727, 728 BGB.). Der Gesetzgeber ist aber praktischen Bedürfnissen entgegengekommen und gewährt in § 736 BGB. die Möglichkeit, die §§ 727, 728 BGB. abzudingen. Hiervon machen die meisten Eigengruppenverträge Gebrauch. Vor allem die Kapellenmitglieder haben ein Interesse an dem Fortbestehen ihres Gruppenverhältnisses trotz des Ausscheidens anderer Mitglieder. In § 5 des „Vertrages für Gemeinschaftsorchester" findet sich deshalb die Bestimmung: „Durch Tod, Austritt oder Ausschluß oder durch den Konkurs eines Mitgliedes wird die Gruppe nicht aufgelöst."

Nach herrschender Lehre[101]) ist auch der Eintritt neuer Gesellschafter unter Fortbestand der Gesellschaft — wenn auch im Gesetz nicht vorgesehen — zulässig und ergibt sich aus dem Wesen der gesamten Hand. Zum Eintritt bedarf es der Einwilligung aller bisherigen Gesellschafter[102]) [103]).

§ 709 Abs. 1 BGB. verlangt zur Beschlußfassung grundsätzlich Einstimmigkeit der Gesellschafter. Meist wird aber, der durch Abs. 2 gegebenen Möglichkeit entsprechend, dieses „Konsensprinzip" durch den Gesellschaftsvertrag in ein „Mehrheitsprinzip" verwandelt.

§ 721 Abs. 1 BGB. sieht vor, daß die Verteilung des Gewinnes und Verlustes erst nach Auflösung der Gesellschaft verlangt werden kann. Mit dieser Vorschrift ist aber den Kapellenmitgliedern, die auf die Auszahlungen als ihren Lebensunterhalt angewiesen sind, nicht gedient. Die Orchesterverträge[104]) enthalten deshalb abweichende Bestimmungen über eine Auszahlung in Raten entsprechend den Lohn- und Gehaltsperioden (monatlich, wöchentlich, täglich). Eine solche Regelung ist nach § 721 Abs. 2 BGB. zulässig.

b) In der Regel erscheinen also die Musikkapellen als Eigengruppen sowohl ihren Mitgliedern als auch Dritten gegenüber als Einheit. Sie

---

[100]) Scheffler S. 31; ihm folgend: Rustmeier S. 28.

[101]) Staudinger-Geiler Bem. IV zu § 736 BGB.; Enneccerus-Lehmann S. 625 ff. (§ 179 II); RGZ. 82/160.

[102]) Staudinger-Geiler Bem. IV 2 zu § 736 BGB.; Enneccerus-Lehmann S. 626 (§ 179 II 2).

[103]) Diese Zustimmung braucht aber nicht erst zur Zeit der Aufnahme ererklärt zu werden, sondern kann schon, wenigstens hinsichtlich bestimmter Dritter, im voraus im Gesellschaftsvertrage erteilt sein.

[104]) Vgl. § 18 des „Vertrages für Gemeinschaftsorchester".

bestehen unabhängig vom Wechsel ihrer Mitglieder, fassen ihre Beschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip, führen einen besonderen Namen, unter dem sie auch Verträge abschließen. In Wahrheit sind sie deshalb, wenn sie sich auch als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bezeichnen, nichtrechtsfähige Vereine und auch als solche zu behandeln[105]).

Von der Gesellschaft unterscheidet sich der nichtrechtsfähige Verein dadurch, daß die Mitglieder bei der Vereinsgründung nicht ein obligatorisches Verhältnis untereinander eingehen, sondern eine dauernde von dem Wechsel der Mitglieder unabhängige Organisation mit selbständigem Vermögen schaffen wollen[106]).

Der Musikkapelle als nichtrechtsfähigem Verein fehlt die juristische Persönlichkeit; das BGB. unterstellt sie den Vorschriften über die Gesellschaft (§ 54 S. 1).

Allerdings bestehen wesentliche Abweichungen: Aus einem Rechtsgeschäft, das in ihrem Namen einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich, mehrere Handelnde haften als Gesamtschuldner (§ 54 S. 2 BGB.).

Darüber hinaus kann nach der neuen Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsversicherungsamtes[107]) eine Mithaftung des Lokalinhabers entstehen, wenn zwar die Kapelle in eigenem Namen gehandelt hat, aber den Umständen nach als Vertreterin des Betriebsinhabers anzusehen ist.

Hinsichtlich der passiven Parteifähigkeit, der Zwangsvollstreckung und des Konkursverfahrens steht die Musikkapelle in der Rechtsform eines nichtrechtsfähigen Vereins einem rechtsfähigen Verein gleich (§§ 50 Abs. 2, 735 ZPO.; 213 KO.).

Besonderer Hervorhebung bedarf sowohl bei den Musikkapellen mit als auch bei denen ohne Rechtspersönlichkeit noch die Rechtsnatur der Arbeitspflicht (4) und die Lohnverteilung (5).

4. Schließen sich die Musiker auf genossenschaftlicher Grundlage zusammen, so ist das Genossenschaftsverhältnis, weil es auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung beruht, nicht als Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts und der Arbeitslosenversicherung (§ 89a AVAVG.) anzusehen[108]).

Die Verpflichtung auf Grund der Satzung des nichtrechtsfähigen Vereins oder des bürgerlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrages, Arbeitsleistungen als Beiträge zu erbringen (§ 706 Abs. 3 BGB.),

---

[105]) Scheffler S. 33; Rustmeier S. 28 f.; vgl. auch Büsing S. 35.

[106]) Enneccerus I § 109; Enneccerus-Nipperdey I S. 333 f.; Planck Bem. 1; Staudinger Bem. 8 zu § 54 BGB.; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 10 f.

[107]) Vgl. unten § 10 IV.

[108]) Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Hueck-Nipperdey I S. 431; RVA. in BenshSamml. (RVA.) Bd. 8 S. 3 ff., 6 ff.; Rustmeier S. 34 mit weiteren Angaben.

ist gleichfalls keine Arbeitsvertragspflicht[109]). Es handelt sich hierbei um eine Zweckgemeinschaft, während der Arbeitsvertrag sich als Austauschverhältnis darstellt[110]).

Die im Gesellschaftsvertrage der G. m. b. H. selbst als Nebenleistung begründete Arbeitspflicht der Musiker ist auch nicht nach den Vorschriften des Arbeitsrechts, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse unter Berücksichtigung der sich aus dem Recht der G. m. b. H. ergebenden Einschränkungen zu beurteilen[111]).

Die Musiker können aber mit der Kapelle, gleichviel, ob diese juristische Person ist oder nicht, besondere Verträge abschließen, in denen sie sich zur Arbeitsleistung verpflichten. Ja, die im Gesellschaftsvertrage übernommene Pflicht, als Orchestermitglied mitzuwirken, hat möglicherweise nur den Inhalt, daß der Gesellschafter zum Abschluß eines Vertrages verpflichtet ist, in dem er seine musikalischen Fähigkeiten der Kapelle gegen Bezahlung zur Verfügung stellt[112]). Derartige Verträge sind Arbeitsverträge, für die die allgemeinen Regeln des Arbeitsvertrages gelten[113]). Die Arbeitgeberrechte der Kapelle gegenüber den angestellten Mitgliedern sind jedoch beschränkt[114]).

Diese Grundsätze entsprechen den von der Rechtsprechung auf dem Gebiete der Arbeitslosenversicherung für Baugenossenschaften entwickelten Leitgedanken. Sie lassen sich, da die Begriffe des § 89 a AVAVG. sich vielfach mit denen des Arbeitsrechts decken, ohne weiteres auf die Orchestergenossenschaften übertragen.

Hiernach sind die Genossen, obwohl sie durch ihre Genossenschaftsanteile an der Leitung der Genossenschaft mittelbar beteiligt sind, wohl überwiegend als Arbeitnehmer anzusehen, während Unternehmer und Arbeitgeber die Genossenschaft als Rechtspersönlichkeit ist.

Voraussetzung für diese Annahme ist selbstverständlich, daß die Genossen der Genossenschaft gegenüber in einem wirklichen Arbeitsvertragsverhältnis hinsichtlich Entlohnung, Arbeitszeit, Entlassung

---

109) Scheffler S. 35; Rustmeier S. 34; Staudinger-Nipperdey a. a. O.

110) Molitor-Hueck-Riezler S. 64 f.; Scheffler S. 35; Molitor SchlW. 1926 S. 89; Kaskel-Dersch S. 140; RAG. BenshSamml. Bd. 10 S. 202.

111) Scheffler S. 35; weitere Einzelheiten bei Hachenburg Bem. 32, 34 a zu § 3 GmbHGes.; vgl. auch Hueck-Nipperdey I S. 431.

112) OVGE. in Staatssteuers. 13/322; Scheffler S. 8, 35; Rustmeier S. 35

113) Scheffler S. 35; Molitor-Hueck-Riezler S. 66; Rustmeier S. 35. Über den Einzelarbeitsvertrag vgl. oben §§ 4 ff.

114) Vor allem gilt dies für die Kündigung des Vertragsverhältnisses durch die Kapelle. So wird vielfach § 621 BGB. ausgeschlossen. Vgl. Rustmeier S. 36.

usw. stehen[115]). Demgegenüber tritt die Beteiligung am Gewinn an Bedeutung in arbeitsrechtlicher Hinsicht zurück.

Gewissen Einfluß auf die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis neben dem Genossenverhältnis oder nur ein Genossenverhältnis vorliegt, hat auch die Größe der Genossenschaft. Besitzen die Mitglieder eine starke Einwirkungsmöglichkeit auf die Leitung und Durchführung der Aufgaben, wie es bei kleineren Genossenschaften der Fall ist, dann wird die Annahme naheliegen, daß sie nur als Genossen und nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind[116]).

Zur klanglichen Verstärkung der Kapelle werden bisweilen noch weitere Musiker hinzuengagiert. Diese stehen nur im Arbeitsvertragsverhältnis zu der Kapelle, gehören ihr aber nicht als Gesellschafter oder Genossen an[117]). Für sie gilt nur, was bereits über den Einzelarbeitsvertrag des Musikers ausgeführt worden ist[118]).

5. Die Berechnung des Entgelts vollzieht sich verschieden, je nachdem, ob der Musiker auf Grund des Eigengruppenvertrages[119]) oder eines besonderen Anstellungsvertrages Ansprüche besitzt.

a) Musiker, die als Gesellschafter oder Genossen auf Grund der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages zur Arbeitsleistung verpflichtet sind, erhalten ihren Gewinnanteil nach Maßgabe der Satzung (Gesellschaftsvertrages) oder in Ermangelung einer Sonderregelung nach den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 722 BGB.; 19 f. GenGes.; 29 GmbHGes.).

b) Musiker, deren Arbeitspflicht auf einem besonderen Anstellungsvertrage beruht, erhalten den vereinbarten Lohn. Für diesen gelten im Gegensatz zum Gewinnanteil die allgemeinen Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages[120]) hinsichtlich der Pfändbarkeit, Aufrechnungsmöglichkeit usw. Diese Lohnforderung ist im Konkurse der Musikkapelle auch als bevorrechtigt im Sinne des § 61 Ziff. 1 KO. anzusehen.

c) Ist ein Musiker gleichzeitig Genosse oder Gesellschafter und Angestellter der Kapelle, so bezieht er seinen Gewinn und sein Gehalt nebeneinander; beide Ansprüche beruhen auf verschiedenen Rechtsgründen und sind deshalb voneinander genau zu scheiden[121]).

III. Das Außenverhältnis.

1. Die Besonderheit des Außenverhältnisses einer Musikkapelle besteht darin, daß nicht der einzelne Musiker, das Gruppenmitglied,

---

115) Vgl. Spruchk. Erfurt vom 23. Mai 1929 = Rechtsprechung S. 537; Schmeisser Bem. 3 zu § 89 a ABAVG.

116) Vgl. Schmeisser Bem. 3 zu § 89 a ABAVG.

117) Rustmeier S. 36.

118) Vgl. oben §§ 4 ff.

119) oder des Vertrages, durch den er der Kapelle später beigetreten ist. Vgl. oben § 9 I 1.

120) Vgl. oben § 5.

121) Rustmeier S. 38.

sondern die Musikkapelle, sei es als korporative Einheit oder gesamthänderische Mehrheit sich dem Arbeitgeber zur Leistung der Arbeit anbietet. Der sodann zustandegekommene Vertrag ist meist ein Mehrheitsvertrag über Arbeit. Seine Benennung ist verschieden. Man bezeichnet ihn als Kolonnenvertrag[122]), Gruppenarbeitsvertrag[123]) oder auch als Eigengruppenvertrag[124])[125]).

Für die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses zum Arbeitgeber kommt es darauf an, ob der Vertragsschluß im Namen der einzelnen Mitglieder erfolgt oder ob die Musikkapelle als solche den Vertrag abschließt. Zuweilen werden hierfür auch die Namen „Einzelarbeitnehmerschaft" und „Gesamtarbeitnehmerschaft" geprägt[126]).

2. Im ersten Falle hat die Kapelle beim Vertragsschluß die Rechtsstellung eines Vertreters (§§ 164 ff. BGB.) oder, wirtschaftlich gesehen, die Bedeutung einer Arbeitsvermittelungsstelle, wobei es gleichgültig ist, ob sie Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht[127]).

Hierdurch entstehen echte Arbeitsverträge der einzelnen Musiker mit dem Arbeitgeber, für die grundsätzlich die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts[128]) zu gelten haben[129]).

Der Arbeitgeber hat also gegen jedes einzelne Mitglied der Kapelle einen vertraglichen Anspruch auf Leistung der Arbeit, andererseits jeder Musiker unmittelbar gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Gage[130]).

Immerhin stehen die einzelnen Verträge in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zueinander, das infolge des einheitlichen Vertragsabschlusses noch stärker als bei der Betriebsgruppe ist[131]).

Besonders zeigt sich dies bei der Vereinbarung eines sog. „Gruppenakkordes" zwischen dem Arbeitgeber und den Mitgliedern der Kapelle: Hiernach wird ein Gesamtentgelt gezahlt, das sich nach dem Ergebnis der gemeinsamen Arbeitsleistung richtet[132]).

---

[122]) Oertmann S. 154.

[123]) Büsing S. 49 f.

[124]) Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. Bem. II 3 zu § 613 BGB.

[125]) Vgl. noch Lotmar Bd. II S. 490 ff.; Scheffler S. 43 f.; Rustmeier S. 43. Der Entwurf (vgl. Denkschrift S. 23/24) gebraucht nur den Ausdruck: „Gruppenverträge".

[126]) Vgl. Rustmeier S. 44, 58; Denkschrift S. 23/24.

[127]) GewGer. Kottbus vom 18. März 1927 in „Wer ist Arbeitg.?" S. 34; Rustmeier S. 58.

[128]) Vgl. oben §§ 4 ff.

[129]) Hueck-Nipperdey I S. 431; Staudinger-Nipperdey Vorbem. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Kaskel-Dersch S. 167/8; Rustmeier S. 58; Denkschrift S. 23/24.

[130]) LAG. Jena vom 9. November 1927 in Samml. Teichmann I/272; Rustmeier S. 58.

[131]) Hueck-Nipperdey I S. 431; Rustmeier S. 59; Betriebsgruppe: vgl. oben § 8.

[132]) Hueck-Nipperdey I S. 428; Kaskel-Dersch S. 168; Kaskel, Akkordlohn S. 236 ff., 245 ff., 264 ff.

Die Akkordabrede ist eine Sonderabrede im Arbeitsvertrag, die der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung aller Kapellenmitglieder bedarf.

Sie löst neben den zwischen Arbeitgeber und Musikern bestehenden einzelvertraglichen gewisse Rechtsbeziehungen aus Gesamtverträgen aus: Die Musiker sind dem Arbeitgeber gegenüber zu gemeinsamer Arbeit verbunden und tragen, da ihr Entgelt hiervon abhängt, auch die Gefahr mehr oder minder guter Arbeit[133]). Der Arbeitgeber ist umgekehrt verpflichtet, die Kapelle in ihrer Zusammensetzung zu wahren[134]) und bei Vermeidung seiner Schadensersatzpflicht für geeigneten Ersatz zu sorgen[135]).

Über die Beziehungen der Musiker zueinander im Innenverhältnis kann auf das bereits für die Betriebsgruppe Gesagte hingewiesen werden[136]).

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers wird, abgesehen davon, daß er Veränderungen in der Zusammensetzung der Kapelle einseitig nicht vornehmen kann[137]), regelmäßig durch Vereinbarungen dahingehend eingeschränkt, daß nur sämtliche Verträge gemeinsam gelöst werden können oder mindestens die Möglichkeit der Beendigung eines einzelnen Vertrages unabhängig von den übrigen sehr erschwert ist[138]).

3. Schließt die Kapelle als solche den Vertrag ab, so entsteht ein Doppelverhältnis eigenartiger Natur[139]).

a) Die Musikkapelle tritt als rechtlich selbständiges Gebilde zwischen die Musiker und denjenigen, für den die Arbeit geleistet wird: Es bestehen Rechtsbeziehungen zwischen der Kapelle und ihren Mitgliedern einerseits, auf die bereits eingegangen worden ist[140]), und der Kapelle und dem Arbeitsempfänger andererseits (b).

Die einzelnen Musiker stehen hiernach in keinem unmittelbaren Vertragsverhältnis zu dem Arbeitsempfänger[141]): Er hat also gegen

---

[133]) Scheffler S. 42.

[134]) Hueck-Nipperdey I S. 431; Staudinger-Nipperdey Vorbem. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Rustmeier S. 59.

[135]) Denecke, Gruppenakkord in ArbR. 1930/137.

[136]) Vgl. oben § 8.

[137]) Hueck-Nipperdey I S. 431; Staudinger-Nipperdey Vorbem. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Rustmeier S. 59.

[138]) Hueck-Nipperdey I S. 431; Kaskel-Dersch S. 168; Rustmeier S. 59; Denecke in ArbR. 1930 Sp. 139; a. M. Ihrig S. 45.

[139]) Vgl. zum folgenden: Hueck-Nipperdey I S. 431 f.; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Kaskel-Dersch S. 168; Hedemann in NZfA. 1924/257 ff.; Lewin-Guradze ArbR. 1924/663 ff.; Molitor-Hueck-Riezler S. 62 ff.; Rustmeier S. 44 ff.; 51 ff.; Scheffler S. 43 ff.; Denkschrift S. 24; LAG. (Köln) in BenshSamml. Bd. 2 S. 3 (LAG.).

[140]) Vgl. oben § 9 II.

[141]) LAG. Köln in BenshSammI. Bd. 2 LAG. S. 3; Hueck-Nipperdey I S. 431; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Rustmeier S. 51, 55.

die einzelnen Musiker keinen Anspruch auf Leistung der Arbeit, umgekehrt besitzen die einzelnen Musiker gegen ihn keinen Anspruch auf Zahlung des Entgelts.

Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Musikern und dem Unternehmer können höchstens dann entstehen, wenn sie durch Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB.) begründet werden. Da aber unser Recht die entgegengesetzte Form des Vertrages „zu Lasten" Dritter nicht kennt, werden diese Rechtsbeziehungen immer mehr oder minder unvollkommen bleiben und deshalb von geringer Bedeutung sein[142]).

Wirtschaftlich gesehen erscheint diese Regelung höchst unvollkommen: Die einzelnen Musiker befinden sich, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich in einer gewissen Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger und haben dessen Weisungen Folge zu leisten, ohne aber gegen ihn auch einen Entgeltsanspruch zu besitzen. Um auch den Musikern den Schutz der arbeitsrechtlichen Vorschriften zuteil werden zu lassen, wandte man auf sie in Erkenntnis ihrer tatsächlichen Abhängigkeit vom Arbeitsempfänger das Rechtsgebilde des „mittelbaren Arbeitsverhältnisses" an.

Seine Entstehung verdankt es der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes und der Steuerbehörden, die es aus versicherungs- und steuerrechtlichen Gründen schufen, um den Arbeitsempfänger als leistungsfähigeren Schuldner erfassen zu können. Bald erkannte man aber die wichtige Funktion des „mittelbaren Arbeitsverhältnisses" auch für das Arbeitsrecht als ausgleichenden Faktor unbilliger sozialer Härten. Die Wissenschaft des Arbeitsrechts versuchte unter Führung von Dersch[143]) das „mittelbare Arbeitsverhältnis" aus dem Gebiete der Sozialversicherung und des Steuerrechts auf das Arbeitsrecht, besonders das der Musiker zu übertragen.

Dieser kurze Hinweis muß hier genügen; denn die gleichen Fragen tauchen noch einmal bei Erörterung der Rechtsstellung des Kapellmeisters[144]) auf.

b) Das Rechtsverhältnis zwischen der selbständigen Kapelle und dem Empfänger der Leistung kann verschieden gestaltet sein:

aa) Sagt die Kapelle die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolges unter eigener Verantwortung, also auf eigene Rechnung und Gefahr, zu, dann besteht zwischen ihr und dem Arbeitsempfänger ein Werkvertrag nach den Vorschriften der §§ 631 ff. BGB.[145]). Ein

---

[142]) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey I S. 431 Anm. 15; Molitor SchlW. 1926 S. 89; Rustmeier S. 55; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.

[143]) Dersch AVG. Anm. 15c zu § 1; Kaskel-Dersch S. 24, 167; Dersch-Volkmar Anm. 3b zu § 5 AGG.

[144]) Vgl. unten § 10 III.

[145]) Enneccerus I 2 § 365 I; Enneccerus-Lehmann S. 506 (§ 142 I); Staudinger-Nipperdey Vorb. I 1; Planck Vorb. VIII 2;

derartiger Vertrag schafft zwischen den Parteien keine wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit, die ein wesentliches Merkmal gerade des Arbeitsvertrages ist[146]). Der Auftraggeber hat also nicht die Stellung des Arbeitgebers im engeren arbeitsrechtlichen Sinn; er ist nur Besteller des Werkes. Die Kapelle hat die Stellung eines Unternehmers[147]).

Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn die Kapelle öffentlich ein Konzert mit bestimmtem Programm veranstaltet, das gegen Entrichtung eines Eintrittsgeldes besucht werden kann, oder, ohne von dem Inhaber der Räumlichkeiten bestellt zu sein, zum Tanz aufspielt, an dem man sich durch Lösen einer Tanzkarte oder in ähnlicher Weise beteiligen kann. Werkverträge liegen auch vor, wenn die Kapelle zu Vereins- oder Familienfestlichkeiten im Auftrage eines „Konsumenten" spielt[148]).

bb) In der Regel erschöpft sich aber das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitsempfänger und Musikkapelle nicht in einer einmaligen Musikdarbietung, sondern ist auf eine längere zeitliche Dauer abgestellt[149]).

Die Kapelle verspricht hierbei dem Arbeitsempfänger nicht die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, sondern ein „Tätigwerden" schlechthin.

Ein Werkvertrag ist dieses Rechtsverhältnis nicht, aber auch nicht, wie zuweilen angenommen wird, ein Dienstvertrag[150]).

Hedemann geht sogar so weit, für diesen Fall einen echten Arbeitsvertrag anzunehmen und die Kapelle als Arbeitnehmerin anzusehen, da das typische Unterordnungsverhältnis zwischen beiden Parteien vorhanden sei[151]).

Der Annahme eines Dienstvertrages steht entgegen, daß die Kapelle nicht Trägerin der Arbeitskraft ist, also niemals eigene, sondern nur die Verschaffung fremder Dienste schulden kann[152]). Dies gilt

---

RGRKomm. Vorb. 1 vor §§ 611 ff. BGB.; Goldbaum S. 242; Kaskel-Dersch S. 167/8; Hedemann in NZfA. 1924 Sp. 257 ff.; Rustmeier S. 44; Hueck-Nipperdey I S. 431 f.; RGZ. 72/179; 81/9; 86/75 st. Rspr.

146) Vgl. oben § 3 II 3.

147) Hueck-Nipperdey I S. 432; Staudinger-Nipperdey Vorbem. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Rustmeier S. 45; Büsing S. 67; Hedemann in NZfA. 1924/257 ff.; Spruchsen. f. ArblVers. in RABl. 1932 IV 199. Selbst wenn von der Kapelle einzelne Mitglieder gegen festes Gehalt und Aushilfskräfte angestellt werden, ändert dies an dem Charakter des zwischen der Kapelle und dem Leistungsempfänger abgeschlossenen Vertrages als Werkvertrag nichts. DMZ. 1929/1047; Rustmeier S. 45.

148) Rustmeier S. 44.

149) An sich ist auch der Werkvertrag als Dauerschuldverhältnis denkbar, kommt aber praktisch wenig vor. Vgl. dazu RAG. in BenshSamml. 6/239.

150) So z. B. LG. Breslau in JW. 1910 Nr. 1; LAG. Köln in BenshSamml. Bd. 2 S. 2 (LAG.).

151) Hedemann in NZfA. 1924 Sp. 257 ff.

152) Scheffler S. 45.

nicht nur für die Musikkapelle als juristische Person, sondern auch als Gesellschaft; denn bei ihr haften die einzelnen Gesellschafter als Gesamtschuldner für die Leistung der Arbeit als Gesellschaftsverbindlichkeit.

Ein Arbeitsvertrag liegt nicht vor, weil das Arbeitsverhältnis die Hauptmerkmale der persönlichen Abhängigkeit und Unterordnung des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber enthält. Als juristischer Person oder gesamter Hand fehlen der Kapelle aber diese Merkmale: Sie kann deshalb nicht Arbeitnehmerin im Sinne des Arbeitsrechts, und der Gruppenarbeitsvertrag, den sie abschließt, niemals ein echter Arbeitsvertrag sein[153]).

Es handelt sich vielmehr rechtlich um einen Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Arbeitsempfänger und der Musikkapelle[154]).

Das Wesen des Dienstverschaffungsvertrages besteht darin, daß eine rechtliche Verbindung zwischen demjenigen, der der Arbeit bedarf, und den Arbeitern nicht hergestellt wird. Es wird vielmehr nur die Verpflichtung eines Dritten begründet, „Arbeiter zu veranlassen, ihre Arbeitskraft für den Arbeitsempfänger bereitzuhalten und dessen Anweisungen Folge zu leisten[155]).

Büsing[156]) will den Dienstverschaffungsvertrag abweichend hiervon abgrenzen:

Seiner Ansicht nach bildet den Gegenstand des Dienstverschaffungsvertrages, den er als „Arbeitsverschaffungsvertrag" bezeichnet, nicht die Leistung von Arbeit, sondern die Verschaffung von Arbeitnehmern; denn die Arbeitskraft könne nicht losgelöst von der Person des Arbeitleistenden verschafft werden.

Büsing geht hierbei von falschen Voraussetzungen aus:

Gegenstand des Dienstverschaffungsvertrages ist nicht die Arbeitskraft als Persönlichkeitsstück derer, die arbeiten sollen, sondern ein Anspruch auf die Arbeitskraft als Vermögensstück des Dienstver-

---

[153]) Hueck-Nipperdey I S. 134; Staudinger-Nipperdey Vorbem. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Molitor Wesen S. 9; Rustmeier S. 46; Denkschrift S. 24; Scheffler S. 46; vgl. auch Molitor-Hueck-Riezler S. 63; RG. in NZfA. 1927 Sp. 309; oben § 3 II. A. M. Lotmar I S. 62; Büsing S. 49 ff.; gegen ihn vor allem Hueck-Nipperdey I S. 432 Note 19.

[154]) Dalberg JW. 1911/140; Molitor Wesen S. 9; ders. in RABl. NAT. 1924/145; ders. in SchlW. 1926/89 f.; Molitor-Hueck-Riezler S. 58 ff.; Schroeder, Der Dienstverschaffungsvertrag; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB., Bem. II 3, 5 zu § 613 BGB.; RGRKomm. Vorb. 1 vor §§ 611 ff. BGB.; Hueck-Nipperdey I S. 432; Scheffler S. 46 ff.; Rustmeier S. 47; OLG. 3/22; 28/152; 36/49; RGZ. 56/361; 82/429; 98/327. Der Dienstverschaffungsvertrag wird bereits im „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" (1888) als „Vertrag über die Handlung eines Dritten" (§ 348 Abs. 2) erwähnt. Vgl. auch Motive Bd. II S. 456.

[155]) Schroeder S. 17 Anm. 4; Scheffler S. 46; Staudinger-Nipperdey Bem. II 5 zu § 613 BGB.; RGZ. 82/429.

[156]) Büsing S. 68, 71; gegen ihn Scheffler S. 46 ff.

schaffungspflichtigen: die Musikkapelle besitzt aus dem Eigengruppen- oder einem besonderen Arbeitsvertrage gegen ihre Mitglieder einen Anspruch auf Arbeitsleistung[157]). Dieser bildet bei ihr sowohl in der Rechtsform der juristischen Person[158]) als auch in der der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts[159]) einen Vermögensbestandteil und kann deshalb Gegenstand des Rechtsverkehrs sein.

Der Anspruch der Musikkapelle ist, darüber herrscht im Innenverhältnis Willensübereinstimmung, von Anfang an auf Leistung an einen Dritten gerichtet, der jeweilig von ihr zu bestimmen ist. Die Ausübung des der Musikkapelle so zustehenden Bestimmungsrechtes erfolgt dann durch den Abschluß des Dienstverschaffungsvertrages zwischen ihr und dem Arbeitsempfänger[160]).

Da der Dienstverschaffungsvertrag einer festen gesetzlichen Regelung entbehrt[161]), ist seine Rechtsnatur und damit auch die Frage, welche Vertragsvorschriften des BGB. auf ihn anzuwenden sind, sehr streitig.

Bei der Lösung des Problems ist zu berücksichtigen, daß Gegenstand des Vertrages die „Ausnutzung einer vermögensrechtlichen Verfügungsbefugnis“[162]) ist, nämlich des Anspruchs der Kapelle auf die Arbeitskraft ihrer Mitglieder.

Der Dienstverschaffungsvertrag kann also seiner rechtlichen Natur nach weder dem Arbeitsvertrag, noch dem Dienst- oder Werkvertrag zugerechnet werden: Bei diesen Vertragsarten besteht der Inhalt der vertraglichen Verpflichtung in einem Aufwand an Arbeit, bei dem Dienstverschaffungsvertrage aber in einem Vermögensaufwand[163]).

Im einzelnen spricht gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Arbeits- oder Dienstvertrag noch der Wortlaut des § 611 BGB. und § 1 des Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes; denn in beiden Paragraphen wird der Ausdruck „Leisten“ der Arbeit oder der Dienste gebraucht[164]), gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften des Werkvertrages der Wortlaut des § 631 BGB., wo nur von der „Herstellung des versprochenen Werkes“ die Rede ist.

---

[157]) Vgl. oben § 9 II 4.

[158]) Molitor SchlW. 1926 S. 89 f.; Scheffler S. 47; Rustmeier S. 47.

[159]) Molitor-Hueck-Riezler S. 62; RGRKomm. Anm. 1 zu § 718 BGB.; Rustmeier S. 48.

[160]) Scheffler S. 47 f.; Rustmeier S. 48; Molitor SchlW. 1926 S. 89.

[161])) Auch der Entwurf gibt keine Begriffsbestimmung. Es finden sich aber einige voneinander abweichende Fälle der Dienstverschaffung (§§ 110, 111, 118). Vgl. auch Molitor-Hueck-Riezler S. 58 ff.; Scheffler S. 49.

[162]) Schroeder S. 9, 24.

[163]) Schroeder S. 9, 24; Scheffler S. 48; Lotmar I S. 47, 83; Rustmeier S. 48; a. M. Staudinger-Nipperdey Bem. II 5 zu § 613 BGB.

[164]) Scheffler S. 48; Molitor SchlW. 1926 S. 89.

Die größte Ähnlichkeit zeigt der Dienstverschaffungsvertrag mit der Miete. Das BGB. beschränkt zwar in § 535 die Miete auf Sachen. Diese Beschränkung ist aber nur eine Zweckmäßigkeitserwägung des Gesetzgebers, keine zwingende Folge des Wesens der Miete. So sind die Vorschriften des Mietvertrages auf den Dienstverschaffungsvertrag analog anwendbar, falls sie nicht gerade im Einzelfall durch ihre Beschränkung auf Sachen dem widersprechen[165]).

Die Dienstverschaffungspflicht der Kapelle besteht zunächst darin, dafür zu sorgen, daß die erforderlichen Mitglieder dem Arbeitsempfänger zur Verfügung stehen und seinen allgemeinen Anweisungen (z. B. moderne Tanzmusik zu spielen) nachkommen[166]). Diese Verpflichtung dauert so lange an, wie der Arbeitsempfänger der Dienstleistungen bedarf.

Die Musikkapelle hat schließlich dafür zu sorgen, daß sich die verschafften Arbeitskräfte zu der zu leistenden Arbeit auch eignen; denn der Verpflichtete hat ein „ordnungsmäßiges" Objekt zu stellen[167]). Stellt die Kapelle ein Mitglied zur Verfügung, das zwar den besten Willen zum Spielen, aber nicht die erforderlichen technischen Fähigkeiten besitzt, so kommt sie ihrer Dienstverschaffungspflicht nicht nach[168]).

Inhalt der Dienstverschaffungspflicht ist aber nur die Sorge dafür, daß dem Arbeitsempfänger zu der beabsichtigten Arbeit taugliche Arbeitskräfte zur Verfügung stehen und diese seinen allgemeinen Anweisungen folgen; für den Erfolg, den der Arbeitsempfänger mit der zu leistenden Arbeit erstrebt, hat die Kapelle also nicht einzustehen[169]).

Bei den einzelnen Dienstleistungen haftet die Musikkapelle nicht für die von ihr entsandten Mitglieder als Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB. Die einzelnen Dienstleistungen berühren nur den Arbeitsempfänger und „liegen nicht innerhalb des Pflichtenkreises des Dienstverschaffungspflichtigen"[170]).

Im Gegensatz hierzu sehen einige[171]) die verschafften Arbeitskräfte als Erfüllungsgehilfen der Musikkapelle an. Dies würde aber zu einer Überspannung der Pflichten der Kapelle führen, die mit dem

---

165) Schroeder S. 12, 25; Scheffler S. 49; vgl. auch Dalberg JW. 1911 S. 140 ff.

166) Scheffler S. 50; Rustmeier S. 49.

167) RGRKomm. Bem. 1 vor §§ 611 ff. BGB.; Staudinger-Nipperdey Bem. II 5 zu § 613 BGB.; Schroeder S. 19; Rustmeier S. 49; RGZ. 48/91; 82/429 ff.; 98/327.

168) Scheffler S. 51.

169) RGRKomm. Bem. 1 vor §§ 611 ff. BGB.; Scheffler S. 51; Rustmeier S. 49; RGZ. 82/429.

170) Staudinger-Nipperdey Bem. II 5 zu § 613; RGRKomm. Bem. 1 vor §§ 611 ff. BGB.; Scheffler S. 52; Rustmeier S. 50; RGZ. 48/91; 82/429 ff.; 98/327; OLG. 28/152; 36/49; JW. 1919/940.

Wesen des Dienstverschaffungsvertrages nicht vereinbar ist. Der Arbeitsempfänger ist also, da auch zwischen ihm und den einzelnen Mitgliedern der Kapelle ein Vertragsverhältnis nicht besteht[172], bei schädigendem Verhalten der Musiker auf die Ansprüche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.) gegen sie beschränkt.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Rustmeier[173] im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts[174] ein.

Er läßt die Entscheidung von der Größe des Einflusses, den im Einzelfall die Vertragsparteien auf die Arbeitsleistung der „Arbeitsleute" besitzen, abhängen. Dies wird aber in der Praxis kaum festzustellen sein. So liegt es nahe, daß an die Stelle rechtlicher nur noch soziale Erwägungen treten, wie dies bei Rustmeier[175] auch bereits der Fall ist.

Es besteht aber die Möglichkeit, jederzeit, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, eine besondere Gewährleistungsübernahme zu vereinbaren: Dann haftet die Musikkapelle auch für den Erfolg[176].

Auch dann werden die Musiker zu Erfüllungsgehilfen der Kapelle, wenn die Kapelle einen Dienst- oder Werkvertrag mit dem Arbeitsempfänger abgeschlossen hat[177].

Erfüllungsgehilfen des Betriebsinhabers seinen Besuchern gegenüber sind die Musiker in jedem Fall, gleichviel, ob sie in Erfüllung eines Dienst-, Werk- oder Dienstverschaffungsvertrages bei ihm spielen. Für den Begriff des Erfüllungsgehilfen ist nicht entscheidend, daß er sich durch besonderen Vertrag dem Schuldner gegenüber zur Hilfeleistung verpflichtet hat; es genügt, daß er „mit Wissen des Schuldners bei der Erfüllung des Vertrages als Hilfsperson tätig ist"[178].

cc) Die Musikkapelle schuldet in ihrer rechtlichen Einheit die in eigenem Namen versprochene Leistung (Dienstleistung, Werk, Dienstverschaffung) und ist Gläubigerin der ihr hierfür zustehenden Entgeltsforderung.

Ohne weiteres ergibt sich dies für Musikkapellen mit Rechtspersönlichkeit.

Aber auch bei den Kapellen, deren Organisationsform als Gesellschaft oder nichtrechtsfähiger Verein dem Gesellschaftsrecht des BGB. untersteht, zeigen sich ähnliche Erscheinungen; denn die Vertragswirkungen erstrecken sich auf die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, nicht nur auf sie als Einzelpersonen.

---

171) Dalberg JW. 1911/140; Büsing S. 98 f.
172) Vgl. oben unter 3 a.
173) Rustmeier S. 50.
174) RG. in LZ. 1916/235.
175) Zugunsten des Arbeitsempfängers.
176) Scheffler S. 52; Schroeder S. 18; RGZ. 82/429.
177) Rustmeier S. 51.
178) RGZ. 98/327; RGRKomm. Bem. 3; Staudinger-Werner Bem. II 1 b zu § 278 BGB.

Für die „Gesellschaftsschulden“[179]) haften die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen und zugleich mit ihrem Privatvermögen als Gesamtschuldner[180]). Allerdings kann auch eine Haftung nur nach Anteilen (§ 420 BGB.) oder eine nur auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung vereinbart werden und ist im Zweifel als vereinbart anzusehen[181]).

Über die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter ist im BGB. eine Sonderregelung nicht getroffen. Zwar enthält es in den §§ 733—735, 738, 739 Bestimmungen über die „gemeinschaftlichen Schulden“, jedoch nichts über die Rechtsnatur der so entstehenden Schuldnermehrheit. Bei ihrer Beurteilung ist also von den allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Mehrheit von Schuldnern (§§ 420 ff.) auszugehen. Danach liegt bei teilbarer[182]), auf Vertrag beruhender Leistung „im Zweifel“ (§ 427 BGB.), bei unteilbarer Leistung schlechthin (§ 431 BGB.) Gesamtschuldnerschaft vor[183]). Ihr Wesen besteht nach § 421 BGB. darin, daß jeder der mehreren Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern hat.

Nach Ansicht mancher[184]) widerspricht diese Rechtswirkung dem Wesen der Kapelle. An Bedenken werden insbesondere geltend gemacht, es sei doch tatsächlich unmöglich, daß der einzelne Musiker die von der Kapelle übernommene Leistung erbringe, „ein Musiker könne doch kein Orchesterkonzert geben“[185]). Sei aber die Leistung teilbar, so wäre zwar eine Schuld nach Anteilen möglich, führte aber gegen den Willen der Beteiligten zu einer Zerreißung der Gruppe.

So läßt Büsing[186]) die Mitglieder die Arbeit als Gemeinschaft zur gesamten Hand schulden; Scheffler[187]) nimmt zur Beseitigung der vorgetragenen Schwierigkeiten als Inhalt des Gruppenarbeitsvertrages in jedem Falle nicht gemeinsame Arbeit, sondern Dienstverschaffung an.

Solcher Erwägungen bedarf es indessen nicht. Erfüllt nämlich die

---

179) Über den Begriff vgl. Staudinger-Geiler Bem. III 1 zu § 718 BGB. und dort angeführte.

180) Staudinger-Geiler Bem. III 2c; RGRKomm. Bem. 5 zu § 718 BGB.; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB.; Enneccerus § 399 III; Enneccerus-Lehmann S. 618 (§ 176 III); Rustmeier S. 52.

181) RGRKomm. Bem. 5 zu § 718 BGB.; Staudinger-Geiler Bem. IV 2 zu § 714 BGB.; RGZ. Bd. 63 S. 65; 77 S. 430.

182) Teilbar ist eine Leistung, „wenn sie ohne Wesensänderung oder Wertminderung durch mehrere inhaltsgleiche Leistungen bewirkt werden kann“. So Enneccerus § 228 IV; vgl. auch Scheffler S. 54.

183) Scheffler S. 54.

184) Büsing S. 72; Lotmar II S. 528; Scheffler S. 54; Ihrig S. 58 f.

185) So Scheffler S. 54.

186) Büsing S. 72 f.

187) Scheffler S. 55.

Gesellschaft ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht, und muß der Arbeitsempfänger daher die einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen, so wird er von dem einzelnen nicht die tatsächliche Gesamtleistung, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 325 BGB. verlangen. Die Vorschriften des BGB. über Gesamtschuldverhältnisse sind also anwendbar [188]).

Hiernach befreit Erfüllung durch einen Gesamtschuldner die übrigen (§ 422 BGB.). Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten (§ 423 BGB.). Verzug des Arbeitsempfängers auch nur einem Gesamtschuldner gegenüber [189]) wirkt für alle übrigen Gesamtschuldner (§ 424 BGB.). Meist führt dieser Annahmeverzug gegenüber einem oder mehreren Musikern zur Unmöglichkeit der ganzen Leistung der Kapelle; dann wird sie von jeder weiteren Leistungspflicht frei, behält aber den Anspruch auf die Zahlung des Entgelts (§ 324 BGB.) [190]).

Aber auch die Kündigung des Vertragsverhältnisses mit dem Arbeitsempfänger kann nur mit Wirkung gegen alle erfolgen; ebenso wirken Schuldnerverzug, Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, Verjährung usw. [191]) für und gegen alle Gesamtschuldner.

Diese Abweichung von der Vorschrift des § 425 Abs. 1 BGB. ist möglich, da diese nur als Auslegungsregel zu verstehen ist, und rechtfertigt sich aus der besonderen Verbundenheit der Mitglieder untereinander, die nicht nur als eine vorübergehende Erscheinung zu werten ist.

Die für die Leistungen zustehende Entgeltsforderung wird Teil des Gesellschaftsvermögens, das den Mitgliedern nur zur gesamten Hand zusteht (§§ 718, 719 BGB.). Auf die Entgeltforderung der Kapelle gegen den Arbeitsempfänger aus Dienstverschaffungsvertrag sind die Vorschriften über den Lohnanspruch, insbesondere über die Lohnsicherung analog anzuwenden [192]).

Der einzelne Gesellschafter kann daher über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und damit auch an der Entgeltsforderung nicht verfügen, weder unmittelbar durch Annahme der Zahlung, Aufrech-

---

188) Rustmeier S. 53.

189) Vgl. dazu noch Scheffler S. 56; Lotmar II S. 533; Rustmeier S. 53.

190) Scheffler S. 56; Rustmeier S. 53.

191) Vgl. dazu die Beispiele bei Scheffler S. 57.

192) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 433; Staudinger-Nipperdey Vorb. VI 19 vor §§ 611 ff. BGB. über den Anspruch des Musikers gegen die Kapelle vgl. oben II 4; Hueck-Nipperdey I S. 433; Büsing S. 40; Denkschrift S. 24; vgl. auch § 117 Abs. 2 Entw. und dazu Molitor-Hueck-Riezler S. 59 ff.

nung oder ein anderes Rechtsgeschäft, noch mittelbar durch einen Rechtsstreit[193]). Verfügen können nur die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch einen von der Gesamtheit ermächtigten Gesellschafter oder sonstigen Vertreter. In Aktivprozessen gelten sie als notwendige Streitgenossen (§§ 59, 62 ZPO.)[194]).

Auch bei Abschlagszahlungen[195]) oder Schadensersatzforderungen der Gruppe gegen den Arbeitsempfänger ist die Rechtslage die gleiche[196]).

Wird zwischen dem Arbeitsempfänger und der Kapelle im Wege des Tarifvertrages oder besonderer Parteiabrede eine Vereinbarung über eine sog. „Ausscheidung" getroffen, bei der dem Arbeitsempfänger ein Recht auf Berechnung und Auszahlung der den einzelnen Mitgliedern zukommenden Entgeltsanteile gewährt und gleichzeitig die Verpflichtung hierzu auferlegt wird, so erwirbt jedes Mitglied einen selbständigen Entgeltsanspruch gegen den Arbeitsempfänger unmittelbar in Höhe des auf ihn entfallenden Betrages. Dieser Ausscheidungsvertrag ist richtiger Ansicht nach[197]) ein Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB.), nicht eine anteilsmäßige Abtretung der Gesellschaftsforderung an die Mitglieder[198]); denn der Vertrag ist in der Regel dahin auszulegen, daß neben dem Mitglied auch die Kapelle selbst die Leistung an das Mitglied fordern kann und nicht das Mitglied allein forderungsberechtigt ist (§ 335 BGB.).

Bestritten ist, ob der Anspruch aus dem Ausscheidungsvertrage als Lohnanspruch gilt, auf den die Lohnsicherungsbestimmungen[199]) anzuwenden sind[200]). Geht man von dem Zweck des sog. Ausscheidungsvertrages aus, der dazu dienen soll, den Umweg der Zahlung an die Kapelle zu vermeiden und das Mitglied einem Musiker, der einen Einzelarbeitsvertrag abgeschlossen hat, gleichzustellen, so kann man nur zu dem Ergebnis gelangen, den Anspruch den Regeln über den Lohnanspruch zu unterstellen. Die Gegenmeinung übersieht die Bedürfnisse des Lebens.

Soweit dem Arbeitsempfänger die Ausscheidung nicht zusteht, ist er dem einzelnen Mitglied der Kapelle nicht dafür verantwortlich, daß

---

193) Über die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 432 BGB. vgl. unten § 9 IV 1.

194) Vgl. noch Enneccerus § 399 I, II; Enneccerus-Lehmann S. 614 ff. (§ 176 I, II); Staudinger-Geiler Bem. III zu § 719 BGB.; Hueck-Nipperdey I S. 433.

195) A. M. Ihrig S. 55.

196) Scheffler S. 58.

197) Büsing S. 103 f.; Scheffler S. 59; Rustmeier S. 54; vgl. auch Hueck-Nipperdey I S. 433.

198) Ihrig S. 51 ff.; Lotmar II S. 526.

199) Vgl. oben § 5.

200) Dafür Hueck-Nipperdey I S. 433; Büsing S. 104 Anm. 110. Dagegen Scheffler S. 59; Wölbling, Akkordvertrag und Tarifvertrag S. 212.

dieses den auf es entfallenden Entgeltsanteil erhält. Die Verteilung des Entgelts ist vielmehr dann eine innere Angelegenheit der Kapelle[201]).

IV. Vertretung, Geschäftsführung und technische Leitung bei der Musikkapelle als Eigengruppe.

1. Die Vertretung und Geschäftsführung der Kapellen ist verschieden, je nach der Rechtsform ihres Innenverhältnisses, geregelt. Teilweise bestehen zwingende gesetzliche Vorschriften für die Ausübung dieser Befugnisse; soweit dies nicht der Fall ist, ist die jeweilige Vereinbarung maßgebend.

2. a) Bei den Musikkapellen mit Rechtspersönlichkeit in Gestalt eines rechtsfähigen Vereins liegt nach den §§ 26 ff. BGB. die Geschäftsführung und Vertretung in den Händen des Vorstandes, der obligatorisch ist (§§ 26 Abs. 1, 40 BGB.).

Er kann aus einer oder mehreren Personen bestehen (§ 26 Abs. 1 BGB.).

Auf seine Geschäftsführung finden die Vorschriften über den Auftrag (§§ 664—670 BGB.) entsprechende Anwendung, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt (§§ 27 Abs. 3, 40 BGB.).

Der Umfang seiner Vertretungsmacht ist unbeschränkt (§ 26 Abs. 2 BGB.), kann aber mit Wirkung gegen Dritte durch die Satzung beschränkt werden (§ 26 Abs. 2 BGB.).

b) Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan ist bei der Musikkapelle in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft ebenfalls der Vorstand. Auch er ist notwendiges Organ (§§ 24 ff., 27 ff. GenGes.).

Der Vorstand hat aus mindestens zwei Personen zu bestehen, die Genossen sein müssen (§§ 24 Abs. 2; 9 Abs. 2 GenGes.).

Er vertritt die Genossenschaft unbeschränkt (§§ 24 Abs. 1; 26 Gen.-Ges.); Beschränkungen sind Dritten gegenüber wirkungslos (§ 27 Abs. 2 GenGes.). Er besitzt aber nur Gesamtvertretungsmacht. Die Satzung kann dies nur insoweit abschwächen, daß zwei Mitglieder zusammenwirken können (§ 25 Abs. 1 GenGes.).

c) Bei Musikkapellen, die sich als Gesellschaften mit beschränkter Haftung darstellen, richtet sich die Vertretung und Geschäftsführung nach den §§ 35 ff. GmbHGes., wird also durch bestellte Geschäftsführer wahrgenommen. Sie sind notwendiges Organ der G. m. b. H.

Ihre Vertretungsmacht ist unbeschränkt (§§ 35 Abs. 1; 36 GmbH.-Ges.); Dritten gegenüber ist sie unbeschränkbar (§ 37 Abs. 2 GmbH.-Ges.). Im Zweifel ist sie aber nur Gesamtvertretungsmacht (§ 35 Abs. 2 GmbHGes.).

---

201) Vgl. Büsing S. 104 und Anm. 111 das.; Wölbling, Grundsätze B Nr. 14; Lotmar II S. 526.

Ihre Geschäftsführung umfaßt die Ausführung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die Leitung und die Buchführung (§§ 40, 41, 43, 45 GmbHGes.).

3. Für die Musikkapellen, deren Innenorganisation nach Gesellschaftsrecht des BGB. zu beurteilen ist (Gesellschaften bürgerlichen Rechts, nichtrechtsfähige Vereine) gilt der Grundsatz der Geschäftsführung und Vertretung durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§§ 709, 714 BGB.). Hiervon sind aber Abweichungen durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage zulässig (§§ 709 ff. BGB.).

So werden meist Recht und Pflicht der Geschäftsführung einer beschränkten Anzahl oder auch nur einem Gesellschafter allein übertragen (§ 710 S. 1 BGB.)[202].

Dann besteht nach § 714 BGB. die (widerlegbare) gesetzliche Vermutung, daß die Geschäftsführer in gleichem Umfange auch vertretungsberechtigt sind.

4. Soweit der Kapelle die technische und musikalische Leitung des Arbeitsprozesses zusteht, überträgt sie diese in der Regel, um die Güte der Leistung zu steigern, auf eine einzelne Persönlichkeit, die besondere Kenntnisse und Fähigkeiten hierzu besitzt.

Vielfach wird aber auch die Geschäftsführung und Stellvertretung dem technischen Leiter mitübertragen[203], der damit zum „Gruppenführer"[204] und Mittelsmann zwischen Arbeitsempfänger und Kapelle wird[205].

a) Bei der Musikkapelle als Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eingetragene Genossenschaft ist seine Rechtsstellung als Geschäftsführer oder Vorstand eindeutig durch zwingende gesetzliche Vorschriften[206] bestimmt, bei der Kapelle als Gesellschaft oder nicht-

---

[202]) Die übrigen Mitglieder sind insoweit von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 710 S. 1 BGB.), haben also auch kein Widerspruchsrecht gegen die Geschäftsführungshandlungen der geschäftsführenden Gesellschafter mehr (vgl. § 711 BGB.; RGZ. 102/412; a. M. Scheffler S. 70). Sie besitzen jedoch ein Recht auf Kenntnisnahme von den Angelegenheiten der Gesellschaft, das durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht (§ 716 BGB.).

[203]) Scheffler S. 69; Büsing S. 54; Rustmeier S. 39; Entwurf § 117 Abs. 1; Denkschrift S. 24; Molitor-Hueck-Riezler S. 62. Oft wird der Gruppenführer stillschweigend bevollmächtigt; das Vorhandensein der Vertretungsmacht läßt sich vielfach auch aus Brauchen und Ortsgebrauch folgern; Scheffler S. 73.

[204]) Auf die Mehrdeutigkeit dieses Ausdrucks weist Scheffler S. 69 mit Recht hin.

[205]) Lotmar II S. 510 ff.; Ihrig S. 92 ff.; Büsing S. 52 ff.; Scheffler S. 69 ff.; Rustmeier S. 39; Hedemann in NZfA. 1924 Sp. 257 ff.; Lewin-Guradze ArbR. 1924/663; Molitor-Hueck-Riezler S. 62 ff.; Appel S. 61.

[206]) Vgl. oben unter 2.

rechtsfähigem Verein dagegen in der Hauptsache nur durch Vereinbarung[207]).

Seine Rechte und Pflichten bestimmen sich, soweit sich aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht ein anderes ergibt, nach Auftragsrecht des BGB. (§§ 664—670; 713 BGB.)[208]). Er haftet den Gesellschaftern[209]) für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (§ 708 BGB.)[210]), und ist — das folgt aus der Fassung des § 713 BGB.: „soweit sich aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht ein anderes ergibt" — nur zu solchen Rechtsakten ermächtigt, die der Förderung des Gesellschaftszwecks dienen[211]).

Rechtshandlungen, die einen Eingriff in die Rechte der Mitglieder und damit eine Beeinträchtigung des Gesellschaftszwecks enthalten, darf er nicht vornehmen[212]). Zur Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes bzw. Gruppenführers gehören also regelmäßig nicht: die Einstellung neuer Mitglieder, wenn dadurch die Lohnansprüche der alten Mitglieder beeinträchtigt werden[213]), ebenso die Einstellung von Hilfskräften, die regelmäßig aus dem gemeinsamen Verdienst zu bezahlen sind[214]) und endlich der Ausschluß eines Mitgliedes[215]).

Meist wird sich aber seine Geschäftsführungsbefugnis und damit auch die Vollmacht (§ 714 BGB.) auf den Abschluß von Dienstverschaffungsverträgen[216]), die Geltendmachung von Lohnforderungen[217]) und die Empfangnahme der Lohnsumme oder Abschlagszahlung[218]) erstrecken.

Hierbei kann er wegen der Gemeinschaftlichkeit der Lohnforderung Zahlung an sich nur als Vertreter aller oder in analoger Anwendung des § 432 BGB. Zahlung an alle Mitglieder gemeinsam fordern[219]).

---

207) Scheffler S. 70; Rustmeier S. 39.

208) Scheffler S. 71; Appel S. 63.

209) Auf eine Haftung Dritten gegenüber bezieht sich § 708 BGB. nicht; Staudinger-Geiler Bem. 1f zu § 708 BGB.

210) Also vor allem bei fahrlässig falscher Verteilung des Lohnes neben denen, die zuviel erhalten haben, für den Ausfall der übrigen. Vgl. Scheffler S. 71 und dort zitierte. Eine Steigerung der Haftung findet ohne besondere Vereinbarung auch dann nicht statt, wenn die Geschäftsführung gegen Entgelt ausgeübt wird; RGRKomm. Bem. 2 zu § 708 BGB.

211) Ihrig S. 97; Scheffler S. 71.

212) Appel S. 71; Ihrig S. 97; Scheffler S. 71, 72.

213) Appel S. 73; Wölbling, Akkordvertrag S. 209; Scheffler S. 72.

214) Appel S. 74; Scheffler S. 72.

215) Appel S. 72/3; Staudinger-Geiler Bem. I 2b zu § 709 BGB.

216) Appel S. 71; Scheffler S. 72; Rustmeier S. 40.

217) Appel S. 69; Wölbling, Grundsätze B Nr. 51; Scheffler S. 72, 74; RGZ. 70/33; 76/280. A. M. Enneccerus § 399 II 2a und Anm. 10 daselbst.

218) Scheffler S. 72, 74.

219) RGZ. 70/33; Appel S. 69; Scheffler S. 74. Vgl. auch Anm. 217.

Die Zahlung des Lohnes an den Bevollmächtigten der Kapelle befreit den Arbeitsempfänger von seiner Zahlungspflicht[220].

b) Steht nach dem Vertrage zwischen der Musikkapelle und dem Arbeitsempfänger diesem das technische und musikalische Leitungsrecht zu, so gilt das bereits für die Betriebsgruppe Ausgeführte[221].

c) Mit der Erwähnung des „Gruppenführers" tauchen Probleme auf, deren Umrisse sich im Laufe der Darstellung schon öfter gezeigt haben.

Sie gilt es im folgenden Abschnitt zu vereinen und die ihrer Bedeutung entsprechende Stellung im Arbeitsvertragsrecht des Musikers einzuräumen.

§ 10. Der Vertragsschluß mit dem Kapellenleiter persönlich[222] [223].

I. Übersicht. (Der Kapellmeister als Zwischenperson.)

1. Die Darstellung hat sich bisher auf die Fälle beschränkt, in denen ein Vertrag mit der Kapelle abgeschlossen worden ist.

Die Rechtslage gestaltet sich aber noch verwickelter, wenn die Kapelle beim Vertragsschluß überhaupt nicht in Erscheinung, sondern

---

[220]) Scheffler S. 74. Es empfiehlt sich aber, die Legitimation zur Empfangnahme des Lohnes vorher stets zu prüfen; Rustmeier S. 40; Ihrig S. 97 f.

[221]) Vgl. oben § 8 IV.

[222]) Bache bei Kaskel, Akkordlohn S. 245 ff.; Büsing S. 52 ff.; Clausnitzer bei Kaskel, Akkordlohn S. 264 ff.; Denkschrift S. 24; Denecke, Gruppenakkord in ArbGer. 1930/135 f.; Depène Bem. IV 4 zu § 5 AGG.; Dersch-Volkmar Bem. 3 b zu § 5 AGG. (S. 157/8); Dersch, Rechtsgutachten S. 2—3; Entwurf 4. Abschnitt; Franke in ArbRspr. 1932/110 f.; ders. in Organ 1932 Nr. 1243; Grote bei Kaskel, Akkordlohn S. 264 ff.; Hedemann in NZfA. 1924 Sp. 257 ff.; Hoeniger, Jahrb. V/41, 203; VII/51 ff.; VIII S. 309; X/298 ff.; XI/311 ff.; Hueck-Nipperdey I S. 433; Jürges S. 46 ff., 50 ff.; Kaskel-Dersch S. 24, 167 f.; Kaskel, Gutachten in „Wer ist Arbeitg.?" S. 23; Levin-Guradze in ArbR. 1924/663; Molitor-Hueck-Riezler S. 62 ff.; Nipperdey in RAG. BenshSamml. Bd. XI S. 401; Potthoff, Das Arbeitsrecht der Musiker in ArbR. 1924/327 ff. Wer ist Arbeitgeber der Musiker? in „Wer ist Arbeitg.?" S. 9 ff. = DMZ. 1929/229. Rechtsverhältnis zwischen Saalinhaber und Musiker in „Wer ist Arbeitg.?" S. 13 ff. Gruppenarbeit als Rechtsproblem in „Wer ist Arbeitg.?" S. 18 ff. Arbeitgeber der Musiker ist die Kurdirektion in DMZ. 1929/194. Der Kapellmeister als Vertreter in DMZ. 1932/254. Vertragsfreiheit und Tatsachenzwang in DMZ. 1932/219 ff.; Rechtsprechung (Reichsarbeitsgericht, Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte, Reichsversicherungsamt, Reichsfinanzhof: unten in der Darstellung zitiert). Rustmeier S. 40 ff., 60 ff.; Scheffler S. 69 ff.; Simson, Zur arbeitsrechtlichen Stellung des Kapellmeisters in ArbGer. 1929 Sp. 6 = DMZ. 1929 S. 43 = „Wer ist Arbeitg.?" S. 7; Treitel, Wer ist Arbeitgeber der Musiker? in ArbGer. 1930/325, DMZ. 1929/654, „Wer ist Argeitg.?" S. 11. Die Krankenversicherung der Musiker in DMZ. 1930/82. Die Krankenversicherung der freistehenden Musiker in DMZ. 1930/432. Vgl. auch die Aufsätze in DMZ. 1930/159, 348, 808; DMZ. 1931/208.

[223]) Vgl. bezügl. der Innenverhältnisse §§ 8 IV, 9 IV.

zwischen sie oder ihre Mitglieder und den Arbeitsempfänger eine besondere Person tritt, der Gruppenführer oder Kapellmeister, der den Vertrag in eigenem Namen mit dem Arbeitsempfänger abschließt.

2. Hierbei treten vielfach die gleichen Rechtswirkungen auf, wie sie sich bereits bei dem Abschluß des Vertrages zwischen der Gruppe in eigenem Namen und dem Arbeitsempfänger beobachten ließen[224]. Voraussetzung ist allerdings, daß die Rechtsstellung des Kapellmeisters richtig beurteilt wird.

Im einzelnen ergeben sich folgende Möglichkeiten:

II. Abschluß eines Werkvertrages und seine Wirkungen.

1. Ein Werkvertrag liegt vor, wenn sich der eine Teil (Unternehmer) zur Herstellung eines Arbeitserfolges (Werkes), der andere Teil (Besteller) zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet (§ 631 Abs. 1 BGB.).

Schließt der Kapellenleiter mit dem Inhaber eines Betriebes einen Vertrag ab, in dem er sich verpflichtet, die musikalischen Darbietungen mit einer von ihm zur Verfügung zu stellenden und von ihm zu leitenden Kapelle als einen von ihm herzustellenden Arbeitserfolg auszuführen[225], so kann ein Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB. zwischen ihm und dem Arbeitsempfänger bestehen.

Voraussetzung ist also, daß die Darbietungen als vorbereitetes und abgeschlossenes Ganzes gewährt werden, wie es beispielsweise bei dem Gastspielkonzert eines bekannten Orchesters der Fall ist[226]. Bezüglich weiterer Einzelheiten kann auf das bereits im Einzelarbeitsvertragsrecht Gesagte verwiesen werden[227].

2. Dann entsteht, wie schon bei dem Vertragsschluß mit der Eigengruppe als solcher ein doppeltes Vertragsverhältnis: nämlich zwischen dem Auftraggeber und dem Kapellmeister auf der einen, dem Kapellmeister und den Musikern auf der anderen Seite. Zwischen dem Auftraggeber und den einzelnen Musikern bestehen dagegen keine irgendwie gearteten Vertragsbeziehungen[228].

Was das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Kapellmeister betrifft, so ist jener nicht Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechts, sondern nur Besteller des Werkes. Der Kapellmeister selbst erhält die Stellung eines Unternehmers.

Zwischen den Musikern und dem Kapellmeister besteht meist ein Einzelarbeitsvertragsverhältnis. Hiernach sind die einzelnen Musiker

---

224) Vgl. oben § 9 III.
225) RAG. in BenshSamml. Bd. 7 S. 32; Rustmeier S. 61.
226) RAG. (11. Nov. 1931 — „Neu-China") BenshSamml. 13/327; RAG. (23. April 1932 — „St. Blasien") BenshSamml. 15/123; RAG. (18. Juni 1932 — „Haus Vaterland") BenshSamml. 15/499.
227) Vgl. oben §§ 3 II 4; 5 I.
228) Kaskel-Dersch S. 167; RAG. BenshSamml. 7/35.

nur dem Kapellmeister als ihrem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet und besitzen auch nur ihm gegenüber einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Gage[229]).

III. Abschluß eines Dienstverschaffungsvertrages und seine Wirkungen.

1. „Der Werkvertrag ist keineswegs die regelmäßige Form der arbeitsrechtlichen Gestaltung musikalischer Vorführungen in Gast- und Vergnügungsstätten[230]).“

Vielfach wird zwischen dem Arbeitsempfänger und dem Kapellmeister vereinbart, daß seine Kapelle laufend bestimmte Stunden täglich spielen solle, um allein oder begleitend die Besucher zu unterhalten oder den Anreiz der Gaststätte zu erhöhen[231]), oder ein Vertrag auf „Lieferung von Kurmusik“[232]) abgeschlossen; beide Verträge werden dann von den Parteien — wie sich gleich zeigen wird —, irrtümlich als „Werkverträge“ bezeichnet.

Diese Bezeichnungen sind aber nicht maßgebend; denn die Rechtsnatur eines Vertrages entscheidet sich nach dem wahren Sachverhalt, nicht nach der ihm von den Vertragschließenden gegebenen Bezeichnung und auch nicht nach der bei ihnen vorhandenen irrigen Rechtsmeinung[233]).

Oft liegt gar kein Irrtum der Parteien vor, sondern es wird bewußt, meist zugunsten des Arbeitsempfängers, der sich seiner Arbeitgeberpflichten entziehen will, nur die äußere Form des Werkvertrages gewählt, während sich in Wahrheit dahinter ein anderer Vertrag verbirgt. Dann finden ebenfalls nicht die Regeln des Werkvertrages, sondern die für das „verdeckte Rechtsgeschäft“ geltenden Vorschriften Anwendung (§ 117 Abs. 2 BGB.)[234]).

2. Ein Werkvertrag ist nicht gegeben, weil es sich nicht um die Hervorbringung eines geschlossenen Ganzen, sondern um Dienste fortlaufender Art handelt. Jede Programmnummer stellt zwar streng genommen ein geschlossenes Ganzes dar. Aber die Verpflichtung erschöpft sich nicht in dieser einmaligen Leistung, sondern geht auf die ständige Wiederholung derartiger einzelner Erfolge. Auch die „Lieferung von Kurmusik“ ist kein Erfolg im Sinne eines Werkvertrages, sondern nur die sprachliche Bezeichnung für eine Summe fortlaufender Einzeltätigkeiten[235]).

Soweit nicht § 164 BGB. anwendbar und der Kapellmeister da-

---

229) Es gelten die Regeln des Einzelarbeitsvertragsrechts. Vgl. oben §§ 4 ff.
230) Vgl. RAG. BenshSamml. 13/327; 15/499; Potthoff in DMZ. 1932/254.
231) RAG. BenshSamml. 13/327.
232) RAG. BenshSamml. 15/123.
233) RAG. BenshSamml. 15/123.
234) RAG. BenshSamml. 7/32; 15/123; Rustmeier, S. 61.
235) RAG. BenshSamml. 15/123.

mit als Zwischenperson ausgeschaltet ist[236]), handelt es sich rechtlich um einen Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Arbeitsempfänger und dem Kapellmeister.

Denn der Dienstverschaffungsvertrag begründet die Verpflichtung eines Dritten, dem Arbeitsempfänger gegenüber als Zwischenperson die Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer, die er in eigenem Namen anstellt, so zur Verfügung zu halten, daß der Arbeitsempfänger den Arbeitnehmern gegenüber gewisse Rechte, vor allem bezüglich der Arbeitsleistung erhält[237]).

Wesen und Rechtsnatur des Dienstverschaffungsvertrages sind bereits bei der Darstellung der Musikkapelle als Eigengruppe aufgeklärt[238]). Es genügt, in diesem Zusammenhange vor allem darauf hinzuweisen, daß durch ihn eine unmittelbare rechtliche Verbindung zwischen dem Arbeitsempfänger und den einzelnen Musikern, deren Dienste verschafft werden, nicht hergestellt wird.

Durch Abschluß eines Vertrages zugunsten Dritter könnten zwar unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Musikern und dem Arbeitsempfänger geschaffen werden (§§ 328 ff. BGB.); diese Lösung ist aber keineswegs befriedigend, da die einem Vertrage „zugunsten" Dritter entsprechende Rechtsfigur des Vertrages „zu Lasten" Dritter dem Deutschen Rechte, wie bereits oben[239]) erwähnt, unbekannt ist.

Dieser Rechtszustand trägt den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Musiker aber nur ungenügend Rechnung: Zwar stehen sie in einem mehr oder minder starken Unterordnungsverhältnis zum Arbeitsempfänger und haben seinen Weisungen nachzukommen, sie besitzen aber nicht dementsprechend auch ihm gegenüber einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Gage, sondern sind auf den oft unsicheren Anspruch gegen den weit weniger leistungsfähigen Kapellmeister beschränkt.

In Erkenntnis dieser tatsächlichen Abhängigkeit der Musiker und anderer Berufe wurde, wie bereits angedeutet[240]), die neue Rechtsfigur des „mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses" herausgebildet[241]).

Sie ist auf dem Gebiete der Sozialversicherung von erheblicher Bedeutung; denn dort ist nach dem Gesetz nicht das Bestehen eines

---

236) Vgl. darüber unten § 10 IV.
237) RAG. BenshSamml. 15/123. Vgl. auch oben § 9 III 3 b.
238) Vgl. oben § 9 III 3 b.
239) Vgl. oben § 9 III 3 a.
240) Vgl. oben § 9 III 3 a.
241) Dersch Anm. 15 c zu § 1 AVG.; Meinel AVG. S. 34, 434, 437; Kaskel-Dersch S. 24 f., 167; Hueck-Nipperdey I S. 40 Anm. 13; Jürges S. 46 ff., 50 ff.; Dersch-Volkmar Anm. 3 b zu § 5 AGG. (S. 153, 157); Depène Bem. IV 4 zu § 5 AGG. (S. 133, 134); Dersch, Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und in der Sozialversicherung. ArbRPrax. 1930 S. 148; Dersch in ZVersWiss. 1930 S. 233 f. Ders. in DAR. 1934 S. 73.

juristisch formulierten Vertragsverhältnisses, sondern bereits die „Beschäftigung" eines Menschen schlechthin Voraussetzung seiner Versicherungspflicht [242]).

Dementsprechend hat es das Reichsversicherungsamt bei Beantwortung der Frage, wer als Träger der Arbeitgeberpflichten, z. B. hinsichtlich der Anmeldung zur Krankenversicherung, der Zahlung der Arbeitgeberbeiträge, heranzuziehen sei, nicht so sehr auf die rechtliche Form etwaiger Verträge, als vielmehr auf die tatsächliche und wirtschaftliche Gestaltung der Verhältnisse abgestellt [243]), vor allem darauf, ob eine mittelbare persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers von dem Arbeitsempfänger besteht und wer das „Unternehmerrisiko" trägt [244]). In Verfolg dieser Rechtsprechung ist das Reichsversicherungsamt dazu gekommen, Musikkapellen, die in Kaffeehäusern und Hotels spielen, in der Regel als Angestellte des Lokalinhabers und nicht des Kapellmeisters anzusehen [245]).

Von den gleichen Gedankengängen sind die Steuerbehörden ausgegangen und haben ebenfalls die tatsächlichen Verhältnisse des Beschäftigungsverhältnisses im Gegensatz zu Form und Inhalt des Vertrages als maßgeblich angesehen [246]).

Die Rechtsfigur des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses läßt sich auch auf das Arbeitsrecht übertragen, wenn gewisse Beschränkungen eingehalten werden [247]):

a) Es muß eine mittelbare persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitsempfänger bestehen, die sich vor allem in einer persönlichen Abhängigkeit von dem Arbeitsempfänger bei Ausführung der Arbeit äußert und schließlich zu einer organischen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitsempfängers führt.

b) Gewinn und Verlust, das sog. „Unternehmerrisiko", werden vom Arbeitsempfänger getragen. Der Kapellmeister darf nicht „sozialer Gegenspieler" des Musikers sein [248]).

Beteiligung am Gewinn allein macht den Kapellmeister noch nicht

---

[242]) Vgl. §§ 165, 544 RVO.

[243]) RVA. in AN. 1900/831; 1905/434; 1912/940; 1913/128; 1929 IV 443; 1930 IV S. 182; AN. 1932 IV S. 190; 1932 IV S. 199 mit weiteren Angaben.

[244]) Kaskel-Dersch S. 24.

[245]) RVA. in AN. 1913/128 st. Rspr.; Potthoff ArbR. 13/195; 14/954; Dersch-Volkmar S. 157; Meinel AVG. S. 34.

[246]) Potthoff, Lohnsteuergutachten; Rustmeier S. 56; RFH. 10. Jan. 1929 = DMZ. 1929/350 m. Anm. von Potthoff; RFH. 21. Dez. 1927, 1. Juli 1931 in „Wer ist Arbeitg." S. 78 ff.

[247]) Kaskel-Dersch S. 24.

[248]) Kaskel-Dersch S. 24, 167; Kaskel S. 66 Anm. 3; Simson ArbGer. 1929 Sp. 8 ff.; Treitel in DMZ. 1929/654; Dersch-Volkmar S. 158 (Anm. 3b zu § 5 AGG.); Clausnitzer bei Kaskel, Akkordlohn S. 264 ff.; Rustmeier S. 41; vgl. auch Büsing, S. 55 ff.; Potthoff in „Wer ist Arbeitg.?" S. 13 ff.; ferner dasselbe S. 21 f., 27 f.

zum Unternehmer [249]), ebensowenig die Zahlung einer Pauschalsumme an ihn [250]).

Auch das mittelbare Beschäftigungsverhältnis ist ein echtes Arbeitnehmerverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Arbeitsempfänger [251]).

Sind also seine Voraussetzungen erfüllt, z. B. bei Anstellung einer Musikkapelle in einem Lokal durch den Kapellmeister für das Lokal, dann ist der Inhaber des Betriebes (Arbeitsempfänger) als Arbeitgeber anzusehen und die Musiker besitzen ihm gegenüber einen Entgeltsanspruch [252]).

Daneben haftet der Kapellmeister als Gesamtschuldner, falls er den Vertrag mit den Mitgliedern seiner Kapelle im eigenen Namen abgeschlossen hat: Im Falle der Insolvenz des Betriebsinhabers hat dann er für den Gagenanspruch der Kapellenmitglieder einzustehen [253]).

IV. Die Anwendbarkeit des § 164 BGB.

1. Die Hilfskonstruktion des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses mindert zwar die den Musikern gegenüber bestehenden sozialen Härten, stellt aber noch keineswegs eine Ideallösung dar; denn es bedarf hierbei der Annahme mehrerer Vertragsverhältnisse zwischen den insgesamt beteiligten Personen, die oft schwer miteinander in Einklang zu bringen sind.

So ist das Bestreben der beteiligten Musikerkreise und auch der Praxis verständlich, trotz des Vertragsschlusses mit dem Kapellmeister persönlich unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Betriebsinhaber und den Musikern zu schaffen [254]).

Die beste Möglichkeit hierzu bietet die Anwendung der Vorschrift des BGB. über die direkte Stellvertretung (§§ 164 ff.) auf den Kapellmeister.

2. Nach § 164 BGB. wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.

---

[249]) Kaskel-Dersch S. 25.

[250]) Zuletzt RAG. in BenshSamml. 15/499 st. Rspr. LAG. Berlin vom 7. Febr. 1929 (106 S. 2094. 28) bei Ruben Nr. 551.

[251]) Dersch-Volkmar Anm. 3b zu § 5 AGG. (S. 153).

[252]) Dersch-Volkmar Anm. 3b zu § 5 AGG. (S. 157); Kaskel-Dersch S. 24, 167; eine gewisse Annäherung an diese Auffassung läßt sich auch in der neueren Rechtsprechung des RAG. feststellen. Vgl. RAG. vom 23. Febr. 1929 in BenshSamml. 6/116; ferner BenshSamml. 15/123; 15/499.

[253]) LAG. Berlin vom 3. März 1931 (105 S. 222. 31) bei Ruben Nr. 973; RAG. BenshSamml. 6/116; Anm. von Nipperdey ebendort; Franke in ArbRspr. 1932 S. 111.

[254]) Vgl. Potthoff, Der Kapellmeister als Vertreter in DMZ. 1932 S. 254; Kaskel-Dersch S. 167.

a) Bei Beurteilung der Frage, ob der Vertragswille sich aus den Umständen ergibt, sind die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten und die gesamten Verkehrsverhältnisse in Betracht zu ziehen[255]).

Der Kapellmeister wird in der Regel unter Zugrundelegung der Berufs- und Verkehrsanschauungen als sozial gleichstehend mit dem Orchestermusiker angesehen werden. Zwar liegt bei ihm die künstlerische Leitung und er besitzt ein gewisses Bestimmungsrecht in Fragen technischer Art, sozial fehlt ihm aber die Selbständigkeit der Stellung[256]): Er ist nur „primus inter pares".

Dies wird besonders deutlich, wenn die Leitung eines Ensembles nicht in der Hand eines Kapellmeisters, sondern in der eines ersten Geigers liegt. „Zwar mag orchestral die Violine das führende Instrument sein, sozial stellt die Berufs- und Verkehrsanschauung den Geiger den übrigen Ensemblemusikern gleich[257])."

So wird also vor allem dann, wenn die Leitung eines Ensembles nur dem ersten Geiger obliegt, aber auch sonst bei kleineren Ensembles und Kapellen, deren Leiter keinen Namen von Rang besitzt[258]), der Kapellmeister als Vertreter der Musiker anzusehen sein. Eine eindeutige Beantwortung der Frage ist aber nicht möglich, sondern die Entscheidung ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände von Fall zu Fall zu treffen.

Auftrag und Vollmacht können insbesondere aus konkludenten Handlungen geschlossen werden, so aus der Übertragung der Leitungsbefugnis[259]).

b) Vielfach werden aber von der Rechtsprechung die notwendigen Folgerungen aus diesem Ergebnis nicht gezogen.

So nehmen die Gerichte[260]) im Innenverhältnis der Musiker zuweilen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB. an, deren Geschäftsführer und gleichzeitig Vertreter der Kapellmeister sei (§§ 710, 714 BGB.).

Danach entstehen zwar unmittelbare Beziehungen zum Betriebsinhaber, aber nicht zwischen ihm und den einzelnen Musikern, sondern nur zwischen ihm und der gesamten Hand. Nur die Gruppe, die zu einer Einheit verbunden ihre Leistung erbracht hat, besitzt einen einheitlichen Anspruch auf die durch ihr Zusammenspiel verdiente Vergütung, der zum Gesellschaftsvermögen gehört (§§ 718, 719 BGB.).

---

[255]) Planck Bem. 1c zu § 164 BGB.; LAG. Köln vom 7. Dez. 1929 in „Wer ist Arbeitg.?" S. 54 f.

[256]) Simson ArbGer. 1929 Sp. 8 ff.; Scheffler S. 79.

[257]) Simson ArbGer. 1929 Sp. 9.

[258]) Vgl. auch Potthoff in „Wer ist Arbeitg.?" S. 15.

[259]) Scheffler S. 75.

[260]) GewGer. Charlottenburg vom 16. Juni 1908 in Handbuch für Gew.- und Kaufmannsgerichte S. 46 ff.; dort auch weitere Angaben. LAG. Berlin vom 20. Juli 1924 in ArbGer. 1927 Sp. 285 ff. LAG. Jena vom 9. Nov. 1927 bei Teichmann Bd. I S. 273. ArbGer. Berlin (Kammer 34) vom 17. Okt. 1928 in „Wer ist Arbeitg.?" S. 27 f. Vgl. dort auch S. 30 f., 31.

Der einzelne Musiker kann den Anspruch nicht zu seinem Teil gegenüber dem Betriebsinhaber geltend machen, es sei denn, daß ein Ausscheidungsvertrag besteht [261]), sondern nur die gesamte Hand oder der Kapellmeister als ihr Vertreter (§ 719 BGB.).

So versagt diese Konstruktion also völlig für den im Leben so häufigen Fall, daß die Gruppe gesprengt ist, insbesondere der Kapellmeister fehlt und flüchtig ist.

Auch das Reichsarbeitsgericht hält in der „Neu-China"-Entscheidung vom 11. November 1931 [262]) an dem alten Standpunkt fest, daß zwar nicht dem einzelnen klagenden Musiker, sondern nur der Gruppe, der Kapelle bzw. dem Kapellmeister als ihrem Vertreter gegenüber dem Betriebsinhaber als Arbeitgeber der vereinbarte Gesamtlohn zustehe. Andererseits kann es sich aber auch nicht entschließen, dem einzelnen Musiker jeden Anspruch gegen den Inhaber des Betriebes zu versagen. So wählt es den Ausweg, ihn den verlangten Betrag nicht als Lohn, sondern als Schadensersatz beanspruchen zu lassen. Denn der Betriebsinhaber habe durch die ungerechtfertigte Entfernung des klagenden Musikers aus der Kapelle diesem einen vermögensrechtlichen Schaden in Höhe des ausfallenden Lohnes zugefügt. Diesen Schaden habe er zu ersetzen.

c) Die Rechtsprechung begeht den Fehler, die Musikkapelle in jedem Falle als Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den Kapellmeister als ihren Geschäftsführer und Vertreter anzusehen.

Zuweilen mag dies auch zutreffen: Dann gilt das bereits für die Musikkapelle als Eigengruppe Ausgeführte [263]).

In der überwiegenden Anzahl der Fälle ist die „Kapelle" jedoch nicht als selbständiges Unternehmen, sondern nur als Zusammenfassung von Musikern zu verstehen, die sich in den Dienst von Saalwirten, Gastwirten oder Inhabern ähnlicher Betriebe stellen wollen.

Dann ist der sogenannte Kapellmeister oder Geschäftsführer der Gruppe nichts weiter als der Vertreter der Mitglieder. Er will keinen Unternehmervertrag schließen, sondern er sucht „Beschäftigung" für sich und seine Kollegen; er schließt für sie wie für sich Arbeitsverträge ab [264]).

Hierdurch entstehen echte Arbeitsverträge der einzelnen Musiker mit dem Betriebsinhaber als Arbeitgeber, für die grundsätzlich die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertragsrechts [265]) zu gelten haben.

Dem Arbeitgeber steht also gegen jeden Musiker einzeln ein vertraglicher Anspruch auf Leistung der Arbeit zu, andererseits jedem

---

261) Vgl. oben § 9 III 3 c.

262) BenshSamml. Bd. 13 S. 327; dazu Potthoff in DMZ. 1932 S. 254 und Franke im Organ 1932 Nr. 1243.

263) Vgl. oben § 9 III 3 b; IV 3, 4.

264) Potthoff in DMZ. 1932 S. 254.

265) Vgl. oben §§ 4 ff.

Musiker unmittelbar gegen den Arbeitgeber ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Gage.

Immerhin sind die Verträge in mancher Beziehung aufeinander abgestimmt. Sie gehen auf gemeinsames Musizieren und beschränken den Arbeitgeber dem einzelnen Mitglied gegenüber: Er kann dem einzelnen Musiker nicht kündigen, um an seine Stelle einen anderen zu setzen[266]).

3. Aus den Umständen, insbesondere den sozialen Verhältnissen des Kapellmeisters kann sich aber auch ergeben, daß er nicht als Vertreter der Musiker, sondern des Betriebsinhabers anzusehen ist (§ 164 BGB.)[267]).

Das wird dann der Fall sein, wenn der Betriebsinhaber den Kapellmeister „mit der Einstellung von Musikern beauftragt", dieser also für den Betriebsinhaber eine Kapelle (z. B. zur Begleitung in Operetten oder Revuen als Betriebsgruppe) zusammenstellen soll. Dann liegt kein Werkvertrag oder Dienstverschaffungsvertrag vor, sondern ein Dienstvertrag (Arbeitsvertrag), verbunden mit einer Vollmacht für den Kapellmeister, weitere Arbeitsverträge im Namen des Betriebsinhabers mit den übrigen Musikern abzuschließen. Sämtliche Mitglieder der Kapelle werden also zu Arbeitnehmern des Betriebsinhabers; der Kapellmeister erhält nur dadurch zuweilen eine kleine Sonderstellung, daß auf ihn teilweise das Direktionsrecht des Arbeitgebers, vor allem das Recht der technischen und künstlerischen Leitung übertragen wird. Die Stellung eines Zwischenmeisters oder Gruppenführers im engeren Sinne besitzt er dagegen nicht.

4. Maßgebend für die geschilderte Rechtsprechung in der Frage, wer als Arbeitgeber der Musiker anzusehen ist, sind die Tarifverträge, die der Deutsche Musiker-Verband und die Organisationen der Gastwirte, Inhaber von Lichtspieltheatern, Etablissements und ähnlichen Betrieben sowie die Kurverwaltungen miteinander abgeschlossen haben. Meist sind sie für allgemeinverbindlich erklärt worden; das bedeutet, daß der persönliche Geltungsbereich des Tarifvertrages in seinen normativen Wirkungen auch auf die Außenseiter des gleichen Faches innerhalb des Tarifgebietes ausgedehnt wird (§ 2 Abs. 1 Satz 2 TVO.)[268]).

In fast allen diesen Tarifverträgen findet sich eine Bestimmung ungefähr des Inhalts: „Arbeitgeber der Musiker einschließlich der Kapellenleiter sind die Betriebsinhaber, auch wenn sie den Kapellenleiter mit der Einstellung der Musiker beauftragen[269])."

---

266) Potthoff in DMZ. 1932 S. 254.

267) Über Mithaftung des Kapellmeisters vgl. unten 4 c.

268) Vgl. im einzelnen Hueck-Nipperdey II S. 259 ff.; Kaskel-Dersch S. 118 ff. Die TVO. tritt am 1. Mai 1934 außer Kraft, (vgl. Abschnitt VII des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit) und an ihre Stelle die Vorschriften des Abschnitts III des Gesetzes. Vgl. oben § 4 I 1 a. E.

269) So der Bezirkstarifvertrag zwischen dem Landesverband der Lichtspieltheaterbesitzer von Hessen und Hessen-Nassau e. V. und dem Deutschen Musiker-

Mit ihrer Hilfe sollen die Mißstände beseitigt werden, die sich daraus ergeben haben, daß die Inhaber von Betrieben (sei es als Mitglieder von Verbänden, die Tarifparteien sind, oder als Nichtmitglieder) in immer steigendem Maße dazu übergegangen sind, den Leitern der in ihren Betrieben spielenden Kapellen eine Pauschalvergütung zu gewähren und es ihnen zu überlassen, mit den nach Zahl und Art bestimmten Musikern in eigenem Namen abzuschließen und sie aus der ihnen gezahlten Pauschalvergütung zu entlohnen. So entsteht für die Musiker die Gefahr, daß der Kapellmeister ihre Leistungen untertariflich abgilt und sich auf diese Weise einen Zwischengewinn verschafft [270]).

Am sichersten sind die Interessen der Musiker dann gewährleistet, wenn der Bestimmung des Tarifvertrages normativer Charakter im Sinne der Tarifvertragsverordnung beigelegt werden könnte. Dann würde sie nämlich nicht nur eine Bedingung für die Art und Weise des Vertragsabschlusses aufstellen, die zum obligatorischen Teil des Tarifvertrages gehört, sondern ihrem Wesen nach den Inhalt abgeschlossener Verträge regeln und, falls eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages erfolgt ist, nicht nur die Parteien des Tarifvertrages, sondern darüber hinaus auch „Außenseiter" binden.

Das Reichsarbeitsgericht [271]) hat im Anschluß an ein Gutachten Kaskels [272]) die normative Wirkung derartiger Tarifvertragsbestimmungen anerkannt.

Mit Kaskel und dem Reichsarbeitsgericht ist von dem Wortlaut des Tarifvertrages auszugehen, der nicht bestimmt, welche Personen Arbeitgeber „werden", sondern welche es „sind".

Dies bedeutet also, daß der Tarifvertrag nicht über Art und Weise der Eingehung, sondern über den Inhalt des eingegangenen Arbeitsverhältnisses bestimmt, mit anderen Worten die Klausel dazu dient, in die Einzelarbeitsverträge überzugehen.

Verband, Bezirksleitung Süd (Dezember 1929); Tarifvertrag zwischen der Universum-Film-Aktiengesellschaft, Berlin (Ufa) und dem Deutschen Musiker-Verband, Bezirksleitung West (vom Juni 1926). In § 1 des zwischen dem Allgemeinen Deutschen Bäderverband und dem Deutschen Musiker-Verband unter dem 23. Februar 1927 abgeschlossenen sog. „Bädertarifvertrages" heißt es: „Arbeitgeber der Mitglieder der Kurkapellen sind die Kurverwaltungen, welche berechtigt sind, den Kapellmeister mit ihrer Vertretung zu betrauen." Ähnlich der Tarifvertrag für Kinomusiker zwischen dem Verband der Lichtspieltheater Berlin-Brandenburg e. V., Berlin und der Ortsverwaltung Berlin des Deutschen Musiker-Verbandes vom September 1929. Vgl. auch Tarifheft für Gruppe II (Ensemble).

270) RAG. in BenshSamml. Bd. 7 S. 32f.; Potthoff in DMZ. 1929 S. 927.

271) RAG. (23. Febr. 1929) in BenshSamml. Bd. 6 S. 116; (21. Sept. 1929) in BenshSamml. Bd. 7 S. 32; (23. April 1932) in BenshSamml. Bd. 15 S. 123.

272) In „Wer ist Arbeitg.?" S. 24ff.; vgl. auch Potthoff in DMZ. 1929 S. 194.

Besteht überhaupt einmal ein Arbeitsvertragsverhältnis der Musiker einer Kapelle, so ist der Inhaber des Betriebes Arbeitgeber; er gilt als Arbeitgeber kraft der auf Gesetz beruhenden Unabdingbarkeit des Tarifvertrages, auch wenn er es nicht sein will und seinen entgegenstehenden Willen kundgegeben hat[273]).

Normative Wirkung besitzt aber auch der Teil der Bestimmung, wonach die Betriebsinhaber Arbeitgeber sind, „auch wenn sie den Kapellenleiter mit der Einstellung der Musiker betrauen"[274]).

Er enthält nur eine Ergänzung des Hauptsatzes und verweist den Kapellmeister in die für ihn besonders naheliegende und passende Stellung eines Vertreters des Betriebsinhabers: Zum mindesten soll gerade der Kapellmeister nicht selbst der Arbeitgeber der Musiker sein; denn das wäre mit dem Hauptsatz nicht in Einklang zu bringen und widerspräche auch den Bestrebungen des Deutschen Musiker-Verbandes[275]).

Die unmittelbare und unabdingbare Wirkung der Klausel des Tarifvertrages tritt jedoch erst ein, wenn ein Vertrag, sei es zwischen dem Betriebsinhaber und den Musikern unmittelbar oder über eine Mittelsperson zustandegekommen ist. Dem Betriebsinhaber bleibt dagegen völlig überlassen, ob er überhaupt eine Kapelle anstellen will. Die Klausel bedeutet also keinen Eingriff in seine Entschluß- und Vertragsfreiheit[276]).

Nur insoweit könnten vielleicht Bedenken auftauchen, als die Bestimmungen des Tarifvertrages den Betriebsinhaber immer in die Rolle des Arbeitgebers hineindrängen, auch wenn er diese Rolle für seine Person hat ablehnen und sie vielmehr dem Kapellmeister hat übertragen wollen.

Diese Bedenken sind aber nicht stichhaltig; denn die Vorschriften des BGB. über die Stellvertretung sind nur als dispositiv anzusehen. Ihre Abänderung ist also zulässig und kann auch durch Tarifvertrag erfolgen[277]).

Dann ergibt sich aus dem Grundsatz der Unabdingbarkeit und automatischen Wirkung des Tarifvertrages, daß trotz Handelns im eigenen Namen die Rechtswirkungen — entgegen den Erklärungen der Parteien — in der Person des Betriebsinhabers eintreten, den das Geschäft wirklich angeht[278]).

---

[273]) RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 116.

[274]) Gleiche Bedeutung hat auch der Relativsatz in § 1 des Bädertarifvertrages.

[275]) RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 116.

[276]) RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 116; a. M. LAG. Stettin in NZfA. 1928/711.

[277]) Nipperdey Anm. in BenshSamml. Bd. 6 RAG. S. 122 ff.; Kaskel-Dersch S. 167; Rustmeier S. 63 f.

[278]) Nipperdey a. a. O.; Kaskel-Dersch a. a. O.; Rustmeier S. 64; Potthoff ArbR. 1928/348; Potthoff DMZ. 1929/927.

In der Entscheidung vom 21. September 1929 [279]) hat das Reichsarbeitsgericht seiner grundsätzlichen Auffassung eine gewisse Einschränkung für den Fall des Abschlusses eines Werkvertrages zwischen dem Kapellmeister und dem Betriebsinhaber gegeben und dann die Anwendbarkeit des Tarifvertrages versagt.

Es hat aber diese Ausnahme immer nur auf Fälle bezogen, in denen der Vertrag zwischen dem Betriebsinhaber und dem Kapellmeister ernstlich in diesem Sinne gemeint und zu verstehen ist; er muß sich also zu den Musikaufführungen als einem von ihm zu erzielenden Arbeitsergebnis und nicht zu Diensten als solchen verpflichtet haben, die er mit Hilfe der Musiker verrichten will.

In der „Neu-China"-Entscheidung vom 11. November 1931, der ein Tarifvertrag zwar nicht zugrundeliegt, deren Leitsätze aber auch auf diese Fälle zu übertragen sind, hat das Reichsarbeitsgericht die typischen Unterscheidungsmerkmale noch stärker herausgearbeitet und zusammengefaßt. Sie sind bereits früher zur Charakterisierung des Werkvertrages in der Darstellung verwandt worden. Insoweit kann daher auf das dort Gesagte verwiesen werden [280]).

An diesen Grundsätzen hat das Reichsarbeitsgericht festgehalten, als es über den neuen Reichsbädertarifvertrag vom 14. März 1931 (für allgemeinverbindlich erklärt am 14. Juli 1931) zu entscheiden hatte, der nach der abweichenden Fassung des § 1 Nr. 1: ... „für die von der Verwaltung eines Bades unmittelbar oder in ihrem Auftrag von einem Kapellmeister oder einem sonstigen Beauftragten eingestellten Mitglieder der Kurkapellen (Musiker)" gilt. „Er gilt hiernach auch für Arbeitsverhältnisse, die auf Grund eines mit der Verwaltung eines Bades abgeschlossenen Dienstverschaffungsvertrages eingegangen sind."

Mit Recht hat das Reichsarbeitsgericht in dem Urteil vom 23. April 1932 [281]) betont, daß die jetzige Fassung keine sachliche Änderung, sondern nur eine Klarstellung der im alten Reichsbädervertrag [282]) etwas unvermittelt ausgedrückten Bestimmung bedeute.

b) Im gleichen Sinne ist die Frage der Wirkung der Tarifvertragsklausel und ihrer Nichtanwendbarkeit bei Abschluß eines Werkvertrages zu entscheiden, wenn der Kapellmeister als Geschäftsführer einer bereits vorhandenen und rechtlich organisierten Musikkapelle und damit der rechtliche Verband mit dem Betriebsinhaber den Vertrag abschließt. In diesem Falle übernimmt die Musikkapelle als solche die Rolle der Mittelsperson, d. h. des Vertreters [283]).

---

[279]) RAG. in BenshSamml. Bd. 7 S. 32 mit Anm. von Nipperdey; vgl. auch Franke in ArbRspr. 1932 S. 111 und RAG. in BenshSamml. Bd. 15 S. 123.

[280]) Vgl. oben §§ 3 II 4; 9 III 3 b.

[281]) BenshSamml. Bd. 15 S. 123 m. Anm. von Hueck; vgl. auch Reuß in ArbRspr. 1932 S. 216.

[282]) Vgl. oben unter IV 4.

[283]) Rustmeier S. 63.

c) Ähnlich wie bei dem mittelbaren Arbeitsverhältnis zwischen dem Betriebsinhaber und den Musikern wird auch hier, wo durch den Tarifvertrag unmittelbare Beziehungen zwischen dem Betriebsinhaber und den Musikern geschaffen werden, eine Mithaftung des Kapellmeisters begründet, wenn er den Vertrag mit den Musikern im eigenen Namen abgeschlossen hat.

Nach Ansicht des Reichsarbeitsgerichts [284]) gilt der zwischen dem Kapellmeister und den Musikern geschlossene Vertrag zivilrechtlich fort; kraft Tarifvertrages können die Musiker sich aber auch an den Betriebsinhaber in Höhe der tarifmäßigen Bezüge halten. Den Musikern stehen also zwei Schuldner gegenüber: Der Kapellmeister kraft Arbeitsvertrages, der Betriebsinhaber kraft Tarifvertrages, so daß das Verhältnis dreiseitig ist [285]).

Gegen diese Lösung des Bestehens einer besonderen Haftung des Kapellmeisters neben dem Betriebsinhaber hat insbesondere Feig [286]) Bedenken erhoben und geltend gemacht, die Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts führten zu inneren Widersprüchen [287]).

Dies trifft jedoch nicht zu.

Es ist davon auszugehen, daß der Kapellmeister kein unbeteiligter Dritter ist, dessen Verträge der Verbandsautonomie der Tarifparteien entrückt sind, sondern lediglich eine Mittelsperson zwischen beiden der Verbandsgewalt der Tarifparteien unterstellten Betriebsinhabern einerseits, Musikern andererseits, die sich zum Abschluß des tariflich geregelten Arbeitsverhältnisses des Kapellmeisters als einer Mittelsperson bedienen.

Somit sind, wie Kaskel [288]) mit Recht hervorhebt, die in dem dreiseitigen Verhältnis sich ergebenden Rechtsbeziehungen nicht als selbständige aufzufassen, sondern nur als integrierende Bestandteile eines mindestens wirtschaftlich einheitlichen Arbeitsverhältnisses zwischen den Betriebsinhabern und den Musikern, das durch die tarifliche Regelung auch zu einem rechtlichen wird [289]).

---

[284]) RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 116; Bd. 7 S. 32.

[285]) RAG. in BenshSamml. Bd. 6 S. 116; Feig in ArbRspr. 1930 S. 31; Franke in ArbRspr. 1932 S. 110 f.

[286]) Feig in ArbRspr. 1930 S. 31.

[287]) Vgl. auch Franke in ArbRspr. 1932 S. 110 f.; Nipperdey in BenshSamml. Bd. 6 RAG. S. 124.

[288]) Kaskel, Rechtsgutachten in „Wer ist Arbeitg.?“ S. 24; vgl. auch Potthoff in DMZ. 1929 S. 927.

[289]) Über die Änderungen durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vgl. oben § 4 I 1.

Register.

A.

Abbestellung von Konzerten 36.
Abgeltung des Urlaubsanspruchs 40.
Abhängigkeit, persönliche 16; wirtschaftliche 16.
Abschlagszahlungen 30.
Abschluß des Arbeitsvertrages 20.
Abtretung des Lohnanspruchs 29.
Angestellteneigenschaft des Musikers 41.
Annahmeverzug des Arbeitgebers 34.
Anzeigepflicht bei Diebstählen anderer Arbeitnehmer 27; bei Erkrankung 27.
Arbeitspflicht der Gruppenmitglieder 63, 67.
Arbeitspaß 20.
Arbeitsvertrag, Begriff 13, 67.
Arbeitszeit 25, 26.
Artist, Begriff 12.
Attest, ärztliches, Beibringung 27.
Aufbewahrung von Geräten des Musikers 43.
Aufhebung des Vertrages 45.
Aufsuchen einer neuen Stelle, Urlaub zum 49.
Ausscheiden von Mitgliedern einer Kapelle 66.
Ausscheidungsvertrag, Lohnanspruch 80.
Aussetzen der Arbeit 38.
Außenverhältnis bei der Musikkapelle als: Betriebsgruppe 55, Eigengruppe 69.
Autogramme, Abgabe von 26.

B.

Bädertarifvertrag 93, 95.
Bargeldlose Zahlung 30.
Beamtenkapellen 15.
Beendigung des Arbeitsvertrages 45.
Begriff des Arbeitsvertrages 13; der Betriebsgruppe 52; der Eigengruppe 52.
Beiträge bei der Musikkapelle als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 65.
Berechnung des Entgelts: Einzelarbeitsvertrag 30; Gruppenarbeitsvertrag: bei der Betriebsgruppe 57; bei der Eigengruppe 69.
Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers 37.
Betriebsgruppe, Begriff 52.
Betriebsrisiko 35.
Bringschulden, Lohnschulden als 29.

C.

Caféhausensembles 55.

D.

Dauerschuldverhältnis, Begriff 16.
Diebstahl, Anzeigepflicht bei fremdem 27; Schutz der Geräte des Musikers vor 43, 44.
Dienstfreie Tage 31.
Dienstpflicht 23.
Dienstverhinderung 32.
Dienstverschaffungsvertrag 74, 87.
Dienstvertrag, Begriff 18, 23, 73.
Direktionsrecht des Arbeitgebers bei: Einzelarbeitsverträgen 24, Gruppenarbeitsverträgen: Betriebsgruppe 56, Eigengruppe 71.

E.

Erfüllungsgehilfen 76, 77.
Eigengruppe, Begriff 52.
Eigengruppenvertrag 60.
Eingetragener Verein, Musikkapelle als 61, 81.
Einspringen für Kollegen 24, 27.
Einzelarbeitsvertrag, Begriff, Wesen 13.
Ensemble, Begriff 13, 54.
Entgelt, Begriff 17; bei der Betriebsgruppe 57, 58; bei der Eigengruppe 70, 71.
Erkrankung, Anzeigepflicht 27.
Erlaßvertrag über die Lohnforderung 32.
Ersatz des Notenverbrauchs 32; siehe auch unter Haftung, Schadensersatz.

F.

Form des Arbeitsvertrages 21.
Freihaltenlassen von Gästen 26.
Fürsorgepflicht des Arbeitgebers: öffentlichrechtlich 40; privatrechtlich 42.

G.

Gage siehe unter Entgelt, Lohn.
Gegenstand der Arbeitsleistung 24.
Gehorsamspflicht 26.
Genossenschaft, Musikkapelle als 62, 81.
Genossenschaftsorchester 60.
Genossenschaftsverhältnis kein Arbeitsverhältnis 67.
Gesamtarbeitnehmerschaft 70.
Geschäftsanteil 63, 64.
Geschäftsguthaben 63.
Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Musikkapelle als 64, 82.
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Musikkapelle als 63, 81.

Gesellschaftsvermögen bei der Eigengruppe 79.
Gesellschaftsvertrag 19.
Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 15, 21, 48.
Gewerblicher Arbeiter, Musiker als 41.
Gewinn oder Gehalt? 69.
Gruppenakkord 57, 58, 70.
Gruppenarbeitsvertrag, Begriff 50.
Gruppeneinteilung der Musikkapellen 13.

H.

Haftung des Arbeitgebers bei: Annahmeverzug 34; Betriebsrisiko 35; Diebstahl der Instrumente 43; unberechtigter Kündigung 49; Unfall des Musikers 44.
— des Musikers bei: Betriebsrisiko 35; Krankheit 33; Leistungsverzug 33; unberechtigter Kündigung 49; Verletzung der Schweigepflicht 27; siehe auch unter Schadensersatzpflicht.
Holschulden, Lohnschulden als 29.

J.

Inhalt des Arbeitsvertrages 22.
Inkassovollmacht 29.
Innenverhältnis bei der Musikkapelle als: Betriebsgruppe 57; Eigengruppe 61.
Juristische Person kann nicht Arbeitnehmer sein 22.

K.

Kapellmeister als Angestellter 42; als Zwischenperson: 84; Betriebsgruppe 58; Eigengruppe 81; Vertreter 89.
Kolonnenvertrag 70.
Krankheit, Lohnanspruch bei 33.
Kündigung des Arbeitsvertrages 45.
Kündigungsschutz 46, 48.

L.

Lohnformen 31.
Lohnzahlungspflicht 28.

M.

Mehrheitsvertrag über Arbeit 70.
Minderjährige 22, 29.
Mitarbeitsvertrag, Begriff, Wesen 53, 55.
Mithaftung des Kapellmeisters 89, 96.
Mittelbares Arbeitsverhältnis 72, 87.
Musiker, Begriff 11, 41, 48, 49.
Musiker-Verband, Deutscher 13.
Musikkapelle, Begriff 12, 49; siehe auch unter: Betriebsgruppe, Eigengruppe.
Musikkapellen als: Betriebsgruppen 54; Eigengruppen 60; eingetragener Verein 61, 81: Genossenschaft 61, 81; Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 64, 82; Gesellschaft mit beschränkter Haftung 63, 81; nichtrechtsfähiger Verein 67, 82.

N.

Nichtrechtsfähiger Verein, Musikkapelle als 67, 82.
Notengeld 32.

O.

Orchester, Begriff 12.
Orchestergemeinschaften 60, 67.
Ordnung der nationalen Arbeit, Gesetz zur 15, 21, 48.
Ort der Lohnzahlung 29.

P.

Parteien des Arbeitsvertrages 22.
Persönliche Abhängigkeit 16.
Pfändung des Lohnanspruchs 29.
Pflichten des Musikers 22.
Polizeiliche Maßnahmen, Einfluß auf das Arbeitsverhältnis 37.
Postkartenverkauf, Zulässigkeit 26.

R.

Rauchverbot 26.
Recht auf Beschäftigung 37; auf Urlaub 39.
Regenklausel 36.
Reichskulturkammer 13.
Reichsmusikkammer 13.
Reklame für den Musiker 26.
Rundfunkübertragungen, Bezahlung von 31.

S.

Salonorchester, Begriff 13.
Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei: Diebstahl der Instrumente 43, 44; unberechtigter Kündigung 49; Verletzung der Fürsorgepflicht 44.
— des Musikers: bei: unberechtigter Kündigung 49; Verletzung der Schweigepflicht 27, siehe auch unter Haftung.
Schauspieler, siehe unter Recht auf Beschäftigung.
Schulden der Musikkapelle 77.
Schweigepflicht 27.
Sphärentheorie 36.
Spielgemeinschaft 60.
Spielverbot 37.
Stabführung, Recht der 59.
Stammkapital 64.
Stellvertretung siehe unter Vertretung.
Stillegung des Betriebes 37.

T.

Tanzorchester 55.
Tariflohnverzicht 32.
Tarifverträge: Arbeitgebereigenschaft 92; Betriebsrisiko 36; Lohnberechnung 31, 32; Übernahme fremder Arbeit 25; Urlaub 38; Verhinderung an der Arbeitsleistung 34.
Teilungskapellen 60, 64.
Tod des Arbeitgebers 23, 45; des Musikers 45.
Treuhänder der Arbeit 20, 21.
Treupflicht 26.
Treu und Glauben bei dem Direktionsrecht 24, 57; bei der Fürsorgepflicht 43.

U.

Überarbeit 31.
Übernahme anderer Arbeit 25, 27.
Übertragbarkeit des Anspruchs: des Arbeitgebers 24; des Musikers 29.
Unfallversicherung 44; siehe auch unter Haftung, Schadensersatzpflicht.
Unmöglichkeit der Leistung 32.
Urlaub 38.

V.

Veräußerung des Unternehmens 24, 45.
Verbot kreditgefährdender Äußerungen 28; Rauchen 26; Reklame 26; siehe auch unter Direktionsrecht, Postkartenverkauf.
Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit bei § 616 BGB. 34.
Verhinderung an der Arbeitsleistung 33.
Verlust von Geräten des Musikers 43, 44.
Verpfändung des Lohnanspruchs 29.
Versicherung, Instrumente 32; Unfall 44.
Vertretung bei der Betriebsgruppe 58; bei der Eigengruppe 81; bei Abschluß durch den Kapellmeister 89.
Veruntreuungen, Anzeigepflicht 27.
Verwirkung, Tariflohnforderung 32.
Verzicht auf den Lohn 32.
Verzug des Musikers 33.
Vinkulierung der Geschäftsanteile bei der Musikkapelle als G. m. b. H. 64.
Vorbehaltsgut der Ehefrau, Gage als 29.
Vorschuß 30.

W.

Werkvertrag 18, 23, 72, 85, 118.
Wichtiger Grund, Kündigung 47.
Widerruf, Urlaub 40.
Wirtschaftliche Abhängigkeit 16.

Z.

Zeit der Lohnzahlung 30.
Zeitlohn 31.
Zeugnis 49.

Lebenslauf.

Am 7. Januar 1909 wurde ich, Hans-Ulrich Berthold Richard Hildebrandt, als einziger Sohn des damaligen Magistratsassessors, jetzigen Amtsgerichtsrats Felix Hildebrandt und seiner Ehefrau Else, geb. Depène, zu Berlin-Schöneberg geboren.

Vom August 1915 bis Michaelis 1926 besuchte ich das Askanische Gymnasium zu Berlin, das ich am 4. September 1926 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich wandte mich dem juristischen Studium zu und studierte an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Nachdem ich am 31. Januar 1931 die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht zu Berlin abgelegt hatte, trat ich am 13. Februar 1931 als Referendar in den preußischen Justizvorbereitungsdienst ein.